

LA IMPOSIBILIDAD ORIGINARIA DEL OBJETO CONTRACTUAL*

Jordi Ribot Igualada

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Girona

RESUMEN: La imposibilidad originaria del objeto contractual determina la nulidad del contrato (arts. 1261.2 y 1272 CC). Para los principales textos europeos e internacionales de referencia (PICC, PETL, DCFR), en cambio, el mero hecho de que el cumplimiento de la obligación contraída fuese imposible en el momento de la conclusión del contrato no afecta necesariamente a la validez del mismo. La Propuesta de modificación del Código Civil de la Comisión General de Codificación (PMCC) también parte de este planteamiento. La primera parte de este trabajo se centra en la aplicación de la regla *impossibilium nulla obligatio est*, constatándose que en la práctica comparada predomina una tendencia general a reducir su alcance y que existen buenas razones para derogarla. La segunda parte del trabajo pasa a analizar el régimen de responsabilidad contractual del deudor en el supuesto de incumplimiento vinculado a la imposibilidad originaria de la prestación. La perspectiva adoptada por los textos europeos e internacionales de referencia se compara con las normas en vigor para la compraventa internacional de mercaderías (CISG) y en Derecho alemán actual (§ 311a BGB). Aunque estos textos no comparten una misma solución técnica, llegan a resultados semejantes. La tercera parte del trabajo compara las diversas alternativas con la PMCC, en particular con la nueva regulación propuesta para la venta de cosa perdida antes de contratar.

ABSTRACT: Under Spanish Law initial impossibility of the contract subject-matter entails the invalidity of the whole contract (see Articles 1261.2 and 1272 Spanish Civil Code). In opposition, the main European and International soft law rules (PICC, PETL, DCFR), start from the premise that the mere fact that at the time of the conclusion of the contract the performance of the obligation assumed was impossible does not affect its validity. The draft proposal to amend the Civil Code presented by the Spanish Law Commission (PMCC) also shares this approach. The first part of the paper focuses thus on the application of the rule *impossibilium obligatio nulla est*. A general trend is ascertained in comparative legal practice which seeks to reduce its scope, and there are good reasons to repeal the rule. The second part examines the issue of the liability of the debtor in the event of breach of contract linked to the initial impossibility of the obligation. The approach taken by European and International soft law is compared with the rules in force for the international sale of goods (CISG) and with current German law (§ 311a BGB). Although these texts do not share the same technical solutions, they do come to similar results. The third part of the paper compares these alternatives with the Spanish draft, particularly with the new regulation suggested to deal with the case of the sale of thing lost before entering the contract.

PALABRAS CLAVE: Imposibilidad (originaria), Objeto del contrato, Nulidad del contrato, Responsabilidad contractual, Fuerza mayor, Error común.

KEY WORDS: *Impossibility (initial), Contract subject-matter, Nulity, Contractual liability, Frustration, Force Majeure, Common mistake.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA NULIDAD DEL CONTRATO POR IMPOSIBILIDAD ORIGINARIA DEL OBJETO. 1. *Itinerario histórico-doctrinal.* 2. *La aplicación de la regla de nulidad contractual por imposibilidad de la prestación.* 2.1. ¿Cuándo es imposible el objeto contractual? 2.2. Sólo la imposibilidad originaria justifica la anulación

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación financiado en el programa de Acciones complementarias del MINECO (Ref. DER2011-14527-E).

del contrato. 2.3. Sólo la imposibilidad total determina la nulidad del contrato. 2.4. Sólo la imposibilidad absoluta anula el contrato. 2.5. Consecuencias de la imposibilidad originaria absoluta y total del objeto contractual. 2.5.1. La nulidad derivada de la imposibilidad originaria del objeto contractual. 2.5.2. La responsabilidad derivada de la conclusión de un contrato cuyo objeto es inicialmente imposible. 2.6. Recapitulación. III. LA IMPOSIBILIDAD ORIGINARIA DE LA PRESTACIÓN COMO FUNDAMENTO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. 1. *Textos internacionales y europeos de referencia*. 1.1. PICC. 1.2. PECL. 1.3. DCFR. 2. *El contrato con objeto imposible en la CISG y el BGB*. 2.1. CISG. 2.2. El Derecho alemán tras la reforma de 2002: del § 306 BGB al nuevo § 311 a BGB. 3. *Recapitulación*. IV. LA IMPOSIBILIDAD ORIGINARIA EN LA PMCC. 1. *La mera imposibilidad originaria no anula automáticamente el contrato*. 2. *Responsabilidad contractual e imposibilidad inicial de la prestación*. 3. *Viabilidad de la anulación por error relativo a la imposibilidad inicial de la prestación*. V. RECAPITULACIÓN FINAL. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Ad impossibilia nemo tenetur. Nadie puede ser obligado a hacer algo imposible. Este aforismo encierra una verdad difícilmente rebatible: el Derecho no puede hacer realidad aquello cuya realización es imposible, aunque constituya el objeto de una obligación jurídicamente vinculante. Cualquier ordenamiento que permita exigir al deudor el cumplimiento en forma específica no puede sino alcanzar la misma conclusión.

Cuando la imposibilidad de la prestación es *originaria*, es decir, cuando se da con anterioridad a la celebración del contrato o en el preciso momento de concluirlo, la imposibilidad puede comprometer la validez del propio contrato. Como mediante el contrato lo que las partes persiguen es crear obligaciones, ante la imposibilidad inicial de cumplir lo convenido, aquel ya nunca podrá ejecutarse en los términos estipulados. La consecuencia lógica sería que, en realidad, el contrato nunca ha llegado a existir. Una regla heredada de nuestra tradición jurídica parece abundar en esta idea: *impossibilium nulla obligatio est*.¹ No sólo se trata de que la obligación prevista en el contrato no llegará a nacer como tal sino que la presencia de ese defecto al concluir el acuerdo acarrea la invalidez de la propia fuente contractual: un contrato dirigido a la creación de obligaciones cuyo contenido es imposible en el mismo instante en que se concluye es un receptáculo vacío y carente de función económico-social.² La regla contractual, se ha dicho, no se entiende en abstracto sino para su efectiva «realizabilidad». Por eso, cuando el objeto de la prestación no existe, o es imposible, se entiende asimismo que falta el objeto del contrato.³

Este planteamiento es un lugar común para la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Desde este punto de vista, los artículos 1261.2 y 1272 CC no son

¹ Celso D. 50, 17, 185.

² GHESTIN, Jacques, «Les diverses définitions de l'objet», en Jacques Ghestin (dir.), *Traité de droit civil. La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause - Les nullités, 4ª ed. LGDJ: Paris, 2013, p. 2.

³ DEL PRATO, Enrico, «Requisiti del contratto. Art. 1325», en P. Schlesinger, F.D. Busnelli, *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè: Milano, 2013, p. 67.

normas extravagantes cuando establecen, respectivamente, que «no hay contrato» si no concurre un «objeto cierto» que sea materia del mismo y que «no podrán ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles». De donde resulta que, según la opinión generalmente admitida, la imposibilidad originaria del servicio o la inexistencia o pérdida de la cosa implican falta de objeto contractual y determinan la nulidad del propio contrato, por carecer éste de uno de los elementos esenciales para su validez.⁴ El artículo 1460 I CC constituye una manifestación concreta de ese principio cuando dispone que si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma «quedará sin efecto el contrato».

Difícilmente puede pensarse en un enfoque más contrapuesto con los postulados anteriores que el que comparten los tres principales textos europeos e internacionales de referencia. Tanto los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales (en adelante, PICC), como los Principios de Derecho europeo de contratos (en adelante, PECL) y el Marco Común de Referencia (en adelante, DCFR) han adoptado un punto de vista muy distinto y que se expresa señalando que el mero hecho de que el cumplimiento de la obligación contraída fuese imposible en el momento de la conclusión de un contrato no afecta necesariamente a la validez del mismo.⁵ La Propuesta de modificación del Código Civil de la Comisión General de Codificación (en adelante, PMCC) ha hecho suyo este planteamiento para el proyectado Derecho español de obligaciones y contratos.

Partiendo del principio de conservación de los contratos, los textos europeos e internacionales de referencia han abandonado el punto de vista tradicional y han suprimido la posibilidad del objeto contractual como requisito esencial de los contratos. La supresión de este requisito se enmarca en el deseo de favorecer los acuerdos contractuales y ampliar la autonomía privada, reduciendo a lo indispensable las condiciones de validez. Con ello se hace posible que el contrato rijas las consecuencias de la imposibilidad inicial de su objeto. Tanto para establecer bajo qué condiciones una parte debe hacerse cargo de las consecuencias que resultan de aquella, como para fijar qué alcance tiene esa responsabilidad. Este modo de ordenar el problema, sin embargo, no impide que el contrato cuyo objeto es originariamente imposible pueda ser anulado por otras razones, como serían la ilicitud de su causa o lo inapropiado de los fines perseguidos por las partes, o también por el error que afecta a

⁴ Últimamente, por todos, MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato», en Rodrigo Bercovitz (dir.), *Tratado de contratos*, Valencia: Tirant lo blanch, 2009, p. 591 y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, «Comentario del art. 1184», en Ana Cañizares et al (dirs), *Código Civil comentado*, vol. III (arts. 1088 a 1444), Civitas Thomson Reuters: Madrid, 2011, p. 440. Dentro de la manualística más clásica, fundamental, DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil*, vol. I, Introducción. Teoría del contrato, 6ª ed. Madrid: Civitas, Thomson Reuters, 2007 (reimp. 2011), p. 235, con amplio desarrollo de los problemas conceptuales y prácticos de la regulación vigente.

⁵ Véanse arts. 3.1.3 PICC, 4:102 PECL y II.-7:102 DCFR. En este sentido, ya DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, p. 235 (sugiriendo que los dos primeros parecen marcar un cambio de signo en la perspectiva tradicional).

una o a ambas partes sobre las características del objeto sobre el que recayó el consentimiento contractual.

Para llegar hasta este punto, se ha tenido que poner en evidencia que la regla *impossibilium nulla obligatio est*, en su generalidad, resulta muy problemática.⁶ Pero no todos los ordenamientos de nuestro entorno han seguido el mismo camino. El enfoque empleado en el *common law*, pese a ciertas concomitancias con el Derecho continental, constituye la fuente de inspiración de los nuevos principios incluidos en los textos europeos e internacionales de referencia. En cambio, en el área germánica la regla ha recorrido caminos bastante diferentes en uno u otro país y en el área latina, por lo general, no se ha discutido su oportunidad y ha sido aplicada ocasionalmente por la jurisprudencia.

II. LA NULIDAD DEL CONTRATO POR IMPOSIBILIDAD ORIGINARIA DEL OBJETO

1. *Itinerario histórico-doctrinal*

La afirmación según la cual el contrato cuyo objeto es una obligación imposible es nulo es el punto de llegada de una larga evolución doctrinal, que toma como base las fuentes del Derecho romano, se desarrolla durante el Derecho común y se consolida con su plasmación como principio legal en los códigos europeos.

Históricamente, es probable que los supuestos mencionados por las fuentes del Derecho romano no constituyesen ejemplos de un principio general de nulidad por imposibilidad originaria del objeto contractual. Seguramente se correspondían con requerimientos formales y técnicos de un régimen jurídico superado.⁷ No obstante, durante siglos esos textos sirvieron de base para que se fuera desarrollando una doctrina de la imposibilidad originaria aplicable a todos los contratos. Esta doctrina encajaba con la teoría de la voluntad, sostenida primero por la escolástica y reelaborada después por los tratadistas del Derecho natural en relación con las promesas contractuales: así como nadie, obrando racionalmente, podía obligarse a algo imposible, por lo mismo no podía celebrar contrato válido al respecto.⁸

⁶ Con referencia particular a Alemania antes de la reforma de 2002, en este sentido, ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3ª ed, Mohr Siebeck: Tübingen, 1996, p. 487.

⁷ Una vez desaparecida hacía siglos la *stipulatio* y al haber evolucionado la compraventa hasta convertirse en el contrato puramente creador de obligaciones. HARKE, Jan Dirk, «Kommentar zum 311a» en Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II, Schuldrecht; Allgemeiner Teil, 2. Teilband: 305-432, Mohr Siebeck: Tübingen, 2007, p. 1564-5.

⁸ ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 694. Véase la referencia a las fuentes concretas de esta evolución en VON MEHREN, Arthur Taylor; GORDLEY, James, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law. Readings, Cases, Materials*, Cambridge University Press: Cambridge, 2006, p. 495-6.

El principio alcanzó condición de norma legal en los Códigos civiles europeos de los siglos XVIII y XIX. El *Code civil* francés de 1804 no se refería a la posibilidad o imposibilidad del objeto del contrato. Con todo, en el artículo 1108 estableció que eran condiciones esenciales para la validez de los contratos «un objeto cierto que formase la materia del compromiso» y «una causa lícita en la obligación». El artículo 1128 *Code civil* especificaba, además, que sólo podían ser objeto de contrato las cosas que estuviesen en el comercio.⁹ La regla de la posibilidad del objeto como requisito de validez del contrato, implícita en las reglas generales sobre objeto contractual, resultaba por extrapolación de la contenida en el artículo 1601 I *Code civil* para el caso en que la venta recayese sobre una cosa inexistente o ya perdida en su totalidad. A su tenor, «si en el momento de la venta la cosa vendida se perdió en su totalidad la venta será nula». Además, el *Code civil* dispuso también de modo expreso la nulidad de la venta de cosa ajena (artículo 1599), de la permuta de cosa ajena (artículo 1704) y de la prenda de cosa ajena (artículo 2335). En todos estos supuestos —así como en el legado de cosa ajena (artículo 1021 *Code civil*)— los redactores del *Code civil* consideraron la nulidad una consecuencia lógica de la consagración del modelo de transmisión consensual de la propiedad en favor del comprador (artículo 1138), algo que hacía imposible el objeto del negocio si el vendedor no era el verdadero propietario de la cosa.¹⁰ Bajo esta perspectiva la nulidad era también el corolario de la imposibilidad jurídica originaria de la prestación comprometida.

El *codice civile* italiano de 1865 siguió las líneas maestras marcadas por el *Code civil* y, junto a los requisitos esenciales para la validez del contrato —entre ellos «un objeto determinado que pueda ser materia de la convención» (artículo 1104 *cod. civ.*)— afirmaba que sólo las cosas *intra commercium* podían ser objeto de contrato (artículo 1116 *cod. civ.*) y que la venta de cosa ajena era nula (artículo 1459 I *cod. civ.*), sin perjuicio de que pudiese dar lugar al resarcimiento de daños si el comprador ignoraba que la cosa no pertenecía al vendedor.¹¹ En el artículo 1461 *cod. civ.* también se reproducía la regla de la nulidad en caso de pérdida total de la cosa vendida en el momento de celebración del contrato. Esta regla desaparecerá en el nuevo *codice civile* de 1942, el cual, a diferencia del texto de 1865, menciona ya de modo expreso la posibilidad como requisito legal del objeto contractual (artículo 1346 *cod. civ.*).¹² Combinando los artículos 1346 y 1347 *cod. civ.* —este último referente a la posibilidad

⁹ Véase también art. 1598 *Code civil*.

¹⁰ Así, LOISEAU, Grégoire, «L'existence de l'objet», en Jacques Ghestin (dir) *Traité de droit civil. La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause - Les nullités, 4^a ed. LGDJ: Paris, 2013, p. 6.

¹¹ Significativamente, el apartado II del art. 1459 *cod. civ.* matizaba oportunamente que «la nullità stabilita da questo articolo non si può mai opporre dal venditore».

¹² «L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile». Al respecto, fundamental por la perspectiva original sobre el tema, SACCO, Rodolfo en SACCO, Rodolfo, DE NOVA, Giorgio, *Il contratto*, tomo II, en R. Sacco (dir.), *Trattato di diritto civile*, UTET: Milano, 1993, p. 61-69.

sobrevenida del objeto— se llega fácilmente a la conclusión de que el contrato cuyo objeto no puede llegar existir es nulo (cf. artículo 1418 II *cod. civ.*).¹³

En las postrimerías del siglo XIX, el § 306 del Código civil alemán (en adelante BGB) proclamó la nulidad del contrato cuyo objeto fuese una prestación imposible.¹⁴ Reproducía así un principio ya presente en los códigos germánicos anteriores. En el § 307, no obstante, el BGB se separó del código prusiano y siguió el criterio del austríaco (en adelante, ABGB): la parte perjudicada por la imposibilidad sólo podía reclamar a la otra los daños derivados de la confianza en la validez del contrato si la otra parte conocía o debía conocer la imposibilidad originaria del objeto, a menos que la parte que reclamaba hubiese sido consciente de ello o hubiera debido serlo. El precepto era aplicable al caso concreto de la venta de cosa perdida antes de celebrar del contrato.¹⁵ A modo de excepción y siguiendo así la tradición del Derecho romano, el § 437 BGB establecía que en la cesión de créditos el cedente garantizaba, salvo pacto en contrario, la existencia del derecho de crédito cedido.

A diferencia del Derecho civil codificado, el Derecho inglés nunca ha tenido una regla general que dispusiera directa y automáticamente la nulidad del contrato cuyo objeto fuese imposible. Al contrario, en el *common law* el punto de partida tradicional ha sido el principio de absoluta vinculación a las promesas realizadas al contratar.¹⁶ Además, al no conferirse preferencia al remedio de la ejecución *in natura* de la prestación y basarse, en cambio, en la sanción del incumplimiento mediante la indemnización de daños, la opción de oponer la imposibilidad inicial frente a una reclamación por incumplimiento carece de sustantividad.¹⁷ Esto no quiere decir, ni mucho menos, que el *common law* obviase los problemas planteados en Europa continental en torno a la imposibilidad inicial del objeto contractual. Lo que sucede es que, por su propia idiosincrasia, no partió de una fórmula apriorística y al margen de las circunstancias

¹³ No obstante, aunque el legislador italiano de 1942 quiso reforzar el carácter inmediatamente traslativo del contrato de compraventa, no lo hizo proclamando la nulidad de la venta de cosa ajena, sino encuadrándola como una compraventa *obligatoria* (luego válida), en línea con el Código italiano de comercio de 1882 (art. 1478). La *Relazione* resaltaba que ese supuesto estaba pensado para casos en que ambas partes tuvieran plena conciencia de la ajenidad de la cosa y que, si el comprador desconocía que la cosa vendida como propia del vendedor en realidad era de propiedad ajena no procedía hablar de nulidad —como hacía el código de 1865— sino de resolución del contrato (art. 1479 *cod. civ.*), a menos que el vendedor pudiera entretanto hacerse con la cosa y cumplir el contrato (*Relazione al Codice Civile*, p. 147-148).

¹⁴ «Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig».

¹⁵ En este punto, Huber subraya que el legislador alemán no siguió el criterio de Savigny y otros, que habían sugerido que, en el caso de venta de cosa perdida antes de concluir el contrato, el vendedor respondiera por el interés contractual positivo, a no ser que el comprador supiera, o ignorara por culpa grave, que la cosa se había perdido. Véase HUBER, Ulrich, *Leistungsstörungen*, vol. I (Die allgemeinen Grundlagen – Der Tatbestand des Schuldnerverzugs – Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände), Mohr Siebeck: Tübingen, 1999, p. 98 nota 7.

¹⁶ ZWEIGERT, KÖTZ, *op.cit.* p. 508.

¹⁷ En este sentido, YOUNGS, Raymond, *English, French & German Comparative Law*, 3rd ed., Routledge: London, New York, 2014, p. 664.

concretas del caso. Hecha esta advertencia, debe decirse que en el siglo XIX la jurisprudencia inglesa decantó fórmulas que, en gran medida, han llevado a una situación parecida a la de los ordenamientos continentales. Ahora bien: esas fórmulas judiciales del *common law* están dotadas de un mayor margen de maniobra o flexibilidad para resolver los casos futuros y permiten adaptar la solución concreta a las circunstancias del caso. De esta manera se amplía el espectro de posibilidades jurídicas ante situaciones cuyo denominador común es, en efecto, la imposibilidad absoluta originaria de la prestación tal y como las partes la habían configurado en el contrato.

A falta de una declaración legal genérica de nulidad, el grupo de casos de imposibilidad originaria se ha venido tratado bajo las reglas del error común o *mistake* (también *common mistake*). Este error común o *mistake* se contrapone al error unilateral (*unilateral mistake*), que también presupone un error pero que ha sido provocado por (o es imputable a) una de las partes contratantes (*misrepresentation*). En el caso de error común el efecto no es la anulabilidad sino la nulidad absoluta del contrato. La nulidad por existencia de error común o *mistake* se circunscribe, sin embargo, por límites muy estrictos pues se requiere la prueba de que la vigencia del contrato estaba implícitamente condicionada a la realidad del estado de cosas que se asumió como existente al contratar (*implied term* o *condition*). Este criterio es también el que justifica la nulidad del contrato de compraventa de cosa que había perecido antes de contratar, así como sobre bienes de propiedad del comprador.¹⁸

El *leading case* sigue siendo una sentencia de 1856, dictada en el caso *Couturier v Hastie*¹⁹. Se trataba de la venta de una carga de maíz que las partes creían en tránsito hacia Inglaterra, pero que en realidad se había vendido en Túnez a causa de que se estaba deteriorando por las altas temperaturas. El tribunal concluyó que el contrato era nulo por falta de objeto²⁰ y liberó así al comprador del pago del precio que el vendedor le había reclamado con base en los documentos que poseía sobre la mercancía. Posteriormente, la nulidad se ha extendido a supuestos en que ambas

¹⁸ TREITEL, Günther Hans, *The Law of Contract*, 13ª ed. a cargo de Edwin PEEL, Sweet&Maxwell Thomson Reuters: London, 2011, núm. 8-013. Históricamente, en *Cooper v Phibbs* [1867] L.R. 2 H.L. 149, se declaró nula (en *equity*) una compraventa de unos derechos de pesca que, sin saberlo ninguna de las partes, ya pertenecían al comprador. Cf. RANIERI, Filippo, *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, 3ª ed. Springer: Wien New York, 2009, p. 1026 nota 12.

¹⁹ (1856) 5 H.L.C. 673.

²⁰ En idéntica línea: *Scott v Coulsdon* [1903] 2 Ch 249 (contrato de seguro sobre la vida de una persona que ya había fallecido) y *Galloway v Galloway* [1914] 30 T.L.R. 531 (contrato de efectos de la separación matrimonial y alimentos, entre personas que no sabían que no estaban casadas entre sí). En *Brennan v Bolt Burdon (a firm)* [2004] EWCA Civ 1017 se consideró nula la transacción porque se basaba en una sentencia condenatoria cuya fundamentación jurídica posteriormente fue modificada, considerándose el cambio doctrinal como declarativo. En el caso *Associated Japanese Bank (International) Ltd v Crédit du Nord SA* [1989] 1 W.L.R. 255 la fianza prestada en relación con un contrato de lease-back referente a una maquinaria inexistente se consideró nula y sin efecto por la ausencia de objeto.

partes erraron acerca de la (im)posibilidad jurídica, económica o fáctica de cumplir el contrato que acababan de celebrar.²¹

La jurisprudencia más reciente ha resumido la posición del Derecho inglés en los siguientes términos:

«la anulación de un contrato con base en el error común resulta de la regla de derecho según la cual si se llega a la conclusión de que una o ambas partes han convenido hacer algo imposible de cumplir, ninguna obligación surge de semejante acuerdo».²²

Ante la imposibilidad originaria de la prestación, por lo tanto, el *common law* también se inclina por la nulidad del contrato. Pero lo relevante es que no es un efecto automático u *ope legis* sino que es una consecuencia de que esa imposibilidad da pie a un error que legitima a cualquiera de las partes a considerar inválido el contrato. La diferencia más importante con los sistemas de *civil law* radica, así, en una cuestión de enfoque a la hora de llegar al resultado de nulidad. Como con gran acierto pusieron de relieve Zweigert y Kötz,

«A pesar de la regla de nulidad del contrato por error común, la jurisprudencia angloamericana siempre se ha mostrado muy cuidadosa al examinar si del propio contrato se podía desprender, mediante una razonable interpretación del mismo, que alguna de las partes contractuales había asumido el riesgo de imposibilidad de su propia prestación».²³

En efecto: la interpretación del contrato permite, en primer término, circunscribir cuál es el objeto y determinar si era o no posible en el momento de concluir el contrato. Pero en la tradición del *common law*, que siempre sitúa el foco sobre lo que las partes presupusieron y no sobre un requisito técnico exigido por la ley que se impone a aquéllas, se facilita que el proceso de interpretación del contrato prosiga y se encamine a esclarecer si, a pesar de que el cumplimiento era inicialmente imposible, alguna de las partes había asumido expresa o implícitamente el riesgo de la inexistencia del estado de cosas presupuesto como existente al contratar. En caso de concluirse que así fue, el contrato no sería inválido y las partes estarían obligadas a cumplir lo prometido, en su caso mediante la reparación de los daños por incumplimiento. Esta es la posición adoptada en el caso australiano *McRae v Commonwealth Disposals Commission*.²⁴ En ese caso el contrato tenía por objeto la venta de los restos de un carguero que se suponía hundido en un punto determinado de la costa, pero que ni se encontró ni al parecer estuvo nunca allí. A pesar de ello, el contrato se consideró válido y eficaz, y la entidad pública demandada fue obligada a indemnizar los daños causados por su

²¹ RANIERI, *op.cit.* p. 1026-7, y allí más referencias.

²² *The Great Peace* [2002] EWCA Civ 1407; [2003] Q.B. 679.

²³ ZWEIGERT, KÖTZ, p. 508.

²⁴ (1951) 84 C.L.R. 377.

incumplimiento.²⁵ En este tipo de casos, el contrato, por consiguiente, no es automáticamente nulo por falta de objeto y el incumplimiento de lo prometido puede dar lugar a responsabilidad.

Sin embargo, no siempre será posible deducir que el contratante ha asumido el riesgo de la imposibilidad inicial o de la inexistencia del objeto. De la misma manera que no se parte de la idea de que quien se compromete a abonar un precio lo hace en cualquier caso o circunstancia, aunque la cosa o el servicio no lleguen a entregarse o prestarse, también se entiende que quien compromete la entrega de una cosa sólo la garantiza bajo cualquier circunstancia o en cualquier evento si ello resulta de una constancia expresa o de una conducta claramente significativa en ese sentido. Por eso, como regla general, el *common law* también rechaza que el vendedor tenga que hacerse siempre responsable de la entrega de la cosa vendida.²⁶

2. La aplicación de la regla de nulidad contractual por imposibilidad de la prestación

Dondequiera que rige una regla de nulidad contractual por imposibilidad del objeto del contrato lo que de inmediato se plantea es la necesidad de adjetivar esa imposibilidad. Siguiendo la tradición previa a la formulación de la regla en los códigos, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado por trazar, del modo más nítido posible, qué caracteres debe poseer la imposibilidad para producir la nulidad del contrato. La razón de ello debería ser evidente: se trata de una norma que contradice la regla general *pacta sunt servanda*. Primero, porque la anulación priva al contrato de su valor como tal. Segundo, porque la regla es contraria al principio de vinculación de los contratantes, en la medida en que permite dejar de cumplir un acuerdo concluido con suficiente capacidad y sin infringir la ley, la moral o el orden público.²⁷ Por eso la regla *impossibilium nulla obligatio est* constituye una norma excepcional, que exige una interpretación restrictiva.²⁸

2.1 ¿Cuándo es imposible el objeto contractual?

La noción de imposibilidad no suele relacionarse en su interpretación y aplicación por los operadores jurídicos con las complejas categorías conceptuales propuestas por la teoría del Derecho o la Filosofía. Generalmente, además, las definiciones empleadas por la doctrina jurídica o la jurisprudencia son tautológicas. Se dice, por ejemplo, que lo imposible es aquello que nadie puede llevar a cabo o se define la imposibilidad como la situación en que la prestación no puede ser objetivamente cumplida. Es habitual que a

²⁵ Por lo tanto, los demandados habían asumido el riesgo de la imposibilidad del objeto. No obstante, el tribunal también puso de relieve que en aquel caso los demandados, con mayor o menor fundamento, habían provocado la creencia en la otra parte de que el petrolero estaba en aquel lugar.

²⁶ TREITEL, PEEL, *op.cit.*, núm. 8-009.

²⁷ U. HUBER, *op.cit.*, p. 112.

²⁸ ZWEIGERT, KÖTZ, *op.cit.*, p. 486.

este tipo de definiciones siga la especificación de que la imposibilidad que anula el contrato puede ser tanto *física* como *jurídica*.

En general, la imposibilidad *física* se refiere a la presencia de obstáculos o impedimentos que no permiten que lo convenido pueda materializarse en la realidad y dar así cumplimiento a la obligación contraída. La cosa objeto del contrato no existe, porque ha dejado de existir o no puede ni siquiera llegar a existir, o porque la actividad comprometida es inviable, en un juicio de valor que el Derecho toma de las ciencias naturales.

Suele considerarse que el concepto legal de imposibilidad es el mismo cuando aquella es inicial que cuando es sobrevenida.²⁹ En Italia, no obstante, Bianca ha mantenido un criterio distinto, advirtiendo que el test de la posibilidad de la prestación en el momento de la contratación se refiere a que aquella sea «abstractamente realizable, incluso con un esfuerzo superior al normal» y que, en cambio, la imposibilidad sobrevenida liberatoria sólo requiere haber empleado la diligencia convenida en el contrato, que en principio es la normal y no la máxima posible.³⁰ Esta perspectiva tiende a reducir el ámbito de aplicación de la imposibilidad originaria pero sin empeorar la situación del deudor, ya que supone que el contrato nació a la vida jurídica pero la imposibilidad que exonera al deudor en sede de cumplimiento no requiere de su parte un esfuerzo superior al comprometido en el contrato.

Una determinada prestación no es imposible aunque al contratar se considere poco probable o su cumplimiento sea *muy difícil o gravoso*. Puede ilustrar la idea el caso resuelto por una sentencia italiana³¹: un cantante se había comprometido a gravar 4 LPs en solitario en el plazo de 5 años, compromiso que coincidía en el tiempo con otro de similar, contraído como vocalista de un grupo musical. La *Corte di cassazione* condenó al cantante por incumplimiento y rechazó la conclusión a que había llegado la instancia de considerar nulo el contrato por imposibilidad derivada de la sustancial incompatibilidad de ambos compromisos.³²

La doctrina alemana ha acuñado el término *inexigibilidad* o imposibilidad *práctica* de la prestación con el fin de incluir en el régimen de la imposibilidad algunos supuestos en que la prestación es teóricamente posible, pero sólo a un coste completamente desproporcionado para el deudor. El caso de manual es la entrega de un anillo que había sido vendido sin saberse que, poco antes de la venta, había caído en el océano.

²⁹ FAUST, Florian, «Impossibility, Initial», en Jürgen Basedow [et al.] (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 849. ZACCARIA, Alessio, «Commentario Art. 1346-1347», en Giorgio Cian, Alberto Trabucchi (dirs.) *Commentario breve al codice civile*, 4ª ed. CEDAM: Padova, 1993, p. 1069.

³⁰ BIANCA, C. Massimo, *Diritto civile*, vol. III, Il contratto, Milano: Giuffrè, 1987, p. 319 nota 26.

³¹ Sentencia de 20 abril 1998, n. 4013.

³² GABRIELLI, Enrico, «L'oggetto del contratto. Artt.1346-1349», en P. Schlesinger (dir.), *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè: Milano, 2001, p. 72 nota 43.

Cumplir mediante la entrega del anillo comprado supondría un coste enorme y desproporcionado para el vendedor, por lo que esta situación se asimila a la de una prestación imposible. Ahora bien: la aplicación de esta doctrina, tanto en casos de imposibilidad originaria como sobrevenida, es excepcional y de hecho se limita a aquellos supuestos en que bien podría afirmarse que nadie hubiera asumido semejante obligación.³³ La mejor doctrina alemana halla el fundamento de la protección del interés del deudor en el principio de buena fe en la ejecución del contrato, y no en la aplicación extensiva de la noción de imposibilidad que anula el contrato. Así, con base en la buena fe, el vendedor del anillo del ejemplo podría rechazar tanto la pretensión del acreedor de cumplimiento *in natura* como su equivalente en forma de compensación de los gastos que comportaría recuperar el anillo perdido. En cambio, debería abonar el valor del anillo.³⁴

En general, la imposibilidad física que justifica la anulación sólo presupone el contraste con la realidad empírica en orden a verificar si el acto comprometido puede o no llegar a ejecutarse según lo convenido. No se requiere, en cambio, que el objeto contractual sea manifiestamente absurdo o que la promesa contractual carezca de todo sentido desde el punto de vista de las ciencias de la naturaleza. Esta reducción semántica del concepto de imposibilidad transformaría el supuesto de hecho de la norma en un caso puramente teórico, sin apenas relevancia práctica.³⁵ Aun así, este es el enfoque adoptado por la doctrina mayoritaria en Austria.³⁶ Según esta opinión, el ABGB -al proscribir sólo la imposibilidad *evidente* en el § 848 I y admitir implícitamente, en el § 923 ABGB³⁷, la validez de la venta de cosa vendida cuando ya había perecido implica que la imposibilidad física que anula el contrato sólo puede aplicarse en relación con contratos cuyo objeto consiste en entregar un bien imaginario o en prometer una actividad cuyo resultado contradice las premisas básicas de las ciencias naturales. Es decir, promesas que cualquier contratante, actuando racionalmente, no podría contar con que llegaran a cumplirse.³⁸ Los ejemplos doctrinales son los acuerdos que implican estar en lugares distintos simultáneamente, la curación mediante la oración, la

³³ KOLLER, Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht (Allgemeiner Teil)*, Berna: Stämpfli, 2009 § 13 n. 52, p. 210-1.

³⁴ U. HUBER, *op.cit.*, p. 119-120.

³⁵ KOLLER, *op.cit.*, § 13 n. 56, p. 212.

³⁶ El origen del criterio austríaco se encuentra en la influencia de Rabel en la interpretación del § 848 ABGB, a partir de su participación en el libro del centenario del ABGB (veáse RABEL, Ernst, «Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht», en H.G. Leser (Hrsg.), *Ernst Rabel. Gesammelte Aufsätze*, vol. I, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, 1965, p. 86-88). KOLLER, *op.cit.*, § 13 n. 53-67, p. 211 ss sugiere seguir un camino similar al austríaco, con base en una interpretación restrictiva de la norma, que ponga de relieve a qué fines o valores jurídico-políticos sirve.

³⁷ Por todos, v. BOLLENBERGER, Raimund, «§ 878», en Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberger, *Kurzkommentar zum ABGB*, 2ª ed., Springer: Wien New York, 2007, p. 830 n. 2. Contra APATHY, Peter, RIEDLER, Andreas, «§ 878», en *Schwimmann-ABGB Praxiskommentar*, LexisNexis-ORAC, Wien, 2006, p. 140.

³⁸ KOZIOL, Helmut; WELSER, Rudolph, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band I, Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 8ª ed., Wien: Manz, 1987, p. 133.

adivinación del futuro leyendo las cartas o contratar la influencia sobre una tercera persona mediante embrujos o sortilegios.³⁹

Junto a la imposibilidad física, todos los sistemas de nuestro entorno conocen la imposibilidad *jurídica*. Una de las dificultades de este tipo de imposibilidad radica en si debe distinguirse, y cómo, de la *ilicitud* del objeto del contrato. No es infrecuente que ambas calificaciones se confundan, lo que resulta problemático cuando existen reglas distintas para el objeto ilícito y el imposible. Como tipo del género ilicitud del contrato, la ilicitud derivada del objeto contractual puede estar sometida a reglas más flexibles y no estar sujeta al automatismo propio del supuesto de hecho de imposibilidad originaria. Ello es debido a la sencilla razón de que, por los fines particulares que persigue la norma infringida por el contrato con objeto ilícito, puede ser oportuno sancionar la celebración de ese contrato de un modo distinto a la anulación.⁴⁰ De ahí que sea muy plausible la idea —generalizada en la doctrina suiza— de que la norma sobre imposibilidad jurídica del objeto sólo se aplica en defecto de sanción específica basada en la ilicitud del objeto o aun del contrato en su conjunto.⁴¹

Un caso habitual de imposibilidad jurídica es la conformación, como objeto de contratos, de bienes inmateriales que no gozan de reconocimiento como derechos reales o *erga omnes*, pero a los que se atribuye un valor económico. La nulidad basada en la *inexistencia* del objeto ha sido un instrumento para limitar la creación de mercados sobre este tipo de bienes. Es el caso de Francia, donde la construcción dogmática de la falta de objeto contractual se ha aplicado con mayor intensidad para dejar sin efecto contratos referidos a la *clientela*, sosteniendo que semejante bien no resulta aplicable a la actividad desempeñada por el transferente (caso de la administración judicial o del síndico de quiebras) o que, al carecer de reconocimiento y protección *erga omnes*, no existe un *derecho a la clientela*.⁴²

2.2 Sólo la imposibilidad originaria justifica la anulación del contrato

A pesar de que los textos legales suelen hacer referencia solo a la imposibilidad del objeto, la primera adjetivación del supuesto de hecho es la que se refiere al carácter *originario* o *inicial* de la imposibilidad, aludiendo así a la que tiene lugar antes o en el momento de concluir el contrato del que nacen las obligaciones que no se pueden cumplir. Por eso se dice que sólo la imposibilidad inicial puede poner en cuestión la existencia del negocio; la sobrevinida una vez que el contrato ya existe y han entrado

³⁹ APATHY, RIEDLER, *op. cit.* p. 140 n. 4.

⁴⁰ RUMMEL, Peter, «§ 878», en *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. I, 3ª ed. Wien: Manz, 2000, p. 1351.

⁴¹ En este sentido, KOLLER, *op. cit.*, § 13 n. 50, p. 210.

⁴² FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean-Luc; SAVAUX, Éric, *Les obligations*, vol.1 L'acte juridique, 15ª ed. Sirey: Paris, 2012, p. 230 nota 3. Con mayor detalle, poniendo de relieve las oscilaciones y contradicciones de una jurisprudencia vacilante, BÉNABENT, Alain, *Droit civil. Les obligations*, 12ª ed. Montchrestien: Paris, 2010, p. 111-112.

en vigor las obligaciones contractuales, pertenece al ámbito del incumplimiento contractual.⁴³

La perfección del contrato marca la línea divisoria. No obstante, la doctrina suiza matiza que también debe estimarse originaria, y no sobrevenida, la imposibilidad del objeto contractual cuando éste, aun siendo posible en la fecha de celebración del contrato, dejaría de serlo en la fecha acordada por las partes para el vencimiento de las correspondientes obligaciones.⁴⁴

Para anular el contrato, la imposibilidad originaria debe ser *definitiva* o permanente, en el sentido de que no debe tratarse de una situación transitoria, cuya superación pueda anticiparse en un plazo razonable en relación con el interés del acreedor en el contrato. En ese caso, vigente el contrato e inmediatamente exigible la prestación, o llegado el plazo de cumplimiento acordado, el deudor deberá responder por los daños derivados del retraso y tiene que cumplir cuando le sea posible. Este criterio no se aplica, sin embargo, en el caso en que siendo imposible la prestación al contratar, el momento previsto o previsible de remoción de los obstáculos al cumplimiento se situara más allá de un término o plazo acordado como esencial por las partes contratantes.

Por otro lado, un objeto que es imposible puede llegar a ser sobrevenidamente posible. El § 308 BGB preveía, antes de su derogación en 2002, que el contrato sería válido y no nulo si los obstáculos podían eliminarse (*v.gr.* prohibición temporal, imposibilidad accidental) y se había concluido precisamente para el caso de que se produjese la eliminación del obstáculo. A este supuesto se refiere también el artículo 1347 *cod. civ.* a cuyo tenor: «el contrato sujeto a condición suspensiva o a plazo es válido, si la prestación inicialmente imposible deviene posible antes de la verificación de la condición o del vencimiento del plazo».⁴⁵ La jurisprudencia italiana ha sostenido la validez de contratos para usos constructivos no autorizados por la normativa vigente, considerándolos sujetos a la condición de un eventual cambio de la legalidad urbanística.⁴⁶ Se estima que en casos así no hay nulidad ni desde la perspectiva de la imposibilidad jurídica del objeto, ni de la imposibilidad de la condición, por más que el contrato pueda acabar siendo ineficaz si el cambio normativo esperado no tiene lugar.⁴⁷ La consecuencia práctica de este enfoque es que, mientras pende la condición o no ha concluido el plazo, el contrato impide a las partes desvincularse unilateralmente y las obliga a abstenerse de realizar actos contrarios al fin del contrato.

⁴³ KOZIOL, WELSER, *op.cit.*, p. 133; RUMMEL, *op.cit.*, p. 1351, n. 2.; KOLLER, *op.cit.*, § 13 n. 28, p. 205. LOISEAU, *op.cit.*, p. 67; FABRE-MAGNAN, Muriel, *Les obligations*, PUF: Paris, 2004, p. 322. MALAURY, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Les obligations*, 6ª ed, Paris: LGDJ, 2013, p. 294.

⁴⁴ KOLLER, *op.cit.*, p. 208.

⁴⁵ Véase también § 307 II BGB en su redacción previa a la reforma de 2002.

⁴⁶ ZACCARIA, *op.cit.*, p. 1069. Véase sentencias *Cass.* 15 febrero 1988, n. 1617 y 10 enero 1986, n. 74.

⁴⁷ GABRIELLI, *op.cit.*, p. 69 nota 36.

Por otra parte, la imposibilidad no es originaria, sino sobrevenida, en caso de que los obstáculos al cumplimiento, aunque pudieran estar presentes en el momento de contratar, sólo adquieren relevancia en un momento posterior. En tales hipótesis, el contrato es válido, al margen de si procede liberar al deudor de su obligación (a causa de la imposibilidad de la prestación) u obligarle a compensar económicamente a la otra parte conforme al contrato.⁴⁸ El supuesto de hecho, común a varias jurisdicciones, es la falta de autorizaciones administrativas o licencias que impiden la normal ejecución del contrato y que se daba antes de contratar. En lugar de justificar la declaración de nulidad del contrato por imposibilidad jurídica vinculada a la inviabilidad de conceder licencia para esa actividad u obra, suele estimarse que el hecho de no llegar a obtenerla constituye un impedimento que recae sobre la esfera del deudor, tiene lugar durante la ejecución del contrato y puede acarrear la responsabilidad del deudor.⁴⁹

2.3. Sólo la imposibilidad total determina la nulidad del contrato

Otro de los principios sobre los que se edifica la teoría de la imposibilidad que anula el contrato es que ésta debe hacer referencia a la totalidad de la cosa u objeto que constituye la prestación. Solo la imposibilidad inicial total da lugar a la falta de objeto que impide la existencia de contrato.

En general, la imposibilidad parcial no implica automáticamente la nulidad del contrato sino sólo la necesidad de interpretar cuál hubiera sido la hipotética voluntad de las partes, en caso de haber podido contratar conociendo la imposibilidad parcial que afectaba al objeto contractual.⁵⁰ Uno de los fundamentos de esta regla, junto al principio dispositivo en el proceso, es que la nulidad total del negocio debe ser excepción, en la medida que existe un principio general de conservación de los negocios.⁵¹ En esta línea, la jurisprudencia francesa sólo ha asimilado a la pérdida total el deterioro del bien que lo convierte en completamente inutilizable.⁵²

En principio, qué sea imposibilidad total o parcial del objeto contractual debería ser una cuestión sujeta a la interpretación del contrato. Cuanto más circunstanciadas estén las prestaciones tanto más podría predicarse, en caso de falta de algún elemento incluido en el acuerdo, la imposibilidad originaria total de lo contratado. Podría así decirse que es diferente alquilar cierta maquinaria, sin más, que hacerlo bajo el

⁴⁸ Cass. civ. 21 mayo 2001, n. 6927 (que concluye que los defectos originarios que habrían impedido en cualquier caso la reparación prometida tendría que haberlos detectado el taller mecánico antes de comprometerse a la reparación, y no invocar posteriormente que el vehículo no tenía arreglo).

⁴⁹ BOLLENBERGER, *op.cit.*, p. 830 nota 1.

⁵⁰ BOLLENBERGER, *op.cit.*, p. 832, núm. 5. En este sentido, véase también DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, vol. I, *op. cit.* p. 247.

⁵¹ ZACCARIA, *op.cit.*, p. 1146 y allí más referencias. La máxima se extrae de Cass. 12 junio 1973, n. 1706, y se repite en Cass. 20 julio 1987, n. 6362. Véase GABRIELLI, *op.cit.*, p. 68-69. En Austria, BOLLENBERGER, *op.cit.*, p. 832, n. 5.

⁵² LOISEAU, *op.cit.* p. 57 nota 3.

presupuesto de que se usará para determinadas tareas, para las que aquella concreta maquinaria ya era inútil al concertar el contrato de alquiler. No obstante, existe una cierta coincidencia en identificar la imposibilidad total con la ausencia absoluta de actos o hechos que constituyan ejecución de la prestación comprometida. Al margen, por lo tanto, de la utilidad de los actos de ejecución del contrato efectivamente llevados a cabo por el deudor. Un ejemplo italiano ilustra la perspectiva adoptada en varias jurisdicciones: la *Corte di cassazione* estimó válido y eficaz un contrato celebrado con un arquitecto para la realización de un proyecto contrario a la legalidad urbanística vigente. Según el alto tribunal, no se trataba de un contrato con objeto jurídicamente imposible en la medida en que la mera elaboración del proyecto ni comportaba la transformación del suelo ni consumaba un ilícito urbanístico. Mientras no se modificase la normativa la prestación seguramente era inútil, pero ello no equivalía a decir que la prestación fuese originariamente imposible.⁵³

Enlazando con lo anterior, existe una tendencia compartida en muchos ordenamientos de alejar los casos de imposibilidad *cualitativa* del ámbito de aplicación de la regla de nulidad por imposibilidad originaria. Así, se puede dar por válido y eficaz el contrato y sujetar los defectos de la prestación al régimen del incumplimiento. Siguiendo esta tesis, el contrato no es imposible *ab initio* si la imposibilidad no afecta a la ejecución de la prestación en sí (dar, hacer) sino sólo a alguna circunstancia concreta a la que estaba sometida (*v.gr.* prestar cierta cantidad, de determinada calidad o en cierto plazo). En hipótesis, tan imposible sería dar algo que ya no existe como dar algo que se dice que posee ciertas características pero que, aun cuando se prometieron por el deudor, ni siquiera existían al celebrar el contrato. En otras palabras, la prestación comprometida ya era de imposible cumplimiento cuando se pactó y así debe considerarse tanto cuando no es posible en sí, como cuando, pese a la entrega de la cosa o la disposición a entregarla, le falta alguna cualidad esencial. Sin embargo, los tribunales de muchos países tienden a rechazar este enfoque, que se pone de relieve claramente en los supuestos de venta de cuadros erróneamente atribuidos a un autor y que resultan ser obra de autores menores o ser, simplemente, copias sin valor.⁵⁴ La jurisprudencia italiana también ha dicho que la imposibilidad del objeto que anula el contrato solo se da cuando la prestación no puede ser objetivamente cumplida y no cuando su cumplimiento sea obstaculizado por dificultades más o menos graves⁵⁵, idea que ha aplicado a la pretendida nulidad por imposibilidad originaria del alquiler de una

⁵³ Cass. 21 mayo 2001, n. 6927.

⁵⁴ Así, para un caso de venta de cuadro falso, la jurisprudencia suiza ha declarado que no hay imposibilidad inicial porque el cuadro entregado fuese falso, que el contrato no es nulo y que el vendedor responde conforme a la garantía contractual (BGE 82 II 411 E.4 cit. por KOLLER, *op.cit.*, § 13 n. 51 p. 210, quien considera que la doctrina dominante es la contraria al parecer de la jurisprudencia). Cuestión distinta es si el error sobre esas cualidades puede invocarse por la parte perjudicada para anular el contrato.

⁵⁵ Cass. 2 diciembre 1992, n. 12860 y 5 octubre 2000, n. 13270, todas citadas por GABRIELLI, *op.cit.*, p. 71.

vivienda sin cédula de habitabilidad, pues este defecto no impide de modo absoluto el goce de la cosa alquilada, a pesar de las dificultades e incomodidades que presupone.

Un proceso de reducción semejante ha tenido lugar en el *common law*. La nulidad por error común (*mistake*) parte de la imposibilidad originaria de la prestación y solo puede extenderse a otros supuestos si pueden considerarse análogos a los de imposibilidad originaria. Esto sólo sucederá porque la modificación de las circunstancias que las partes habían presupuesto recae sobre un «atributo vital» que impide el cumplimiento del objetivo contractual. No procede, en cambio, cuando el error recae sobre un presupuesto fundamental pero que no implica imposibilidad de ejecutar el contrato. Por lo tanto, ninguna de las partes podrá invocar un error, aunque sea compartido, si este recae únicamente sobre la utilidad, la calidad o la cantidad del objeto contractual, pero no sobre su posibilidad material o jurídica.⁵⁶ A partir de esta configuración restrictiva, en el caso concreto puede proceder aplicar las consecuencias del incumplimiento o que, en caso contrario, el acreedor peca con las consecuencias de la falta de cualidades presupuestas por él y de las que carece el bien adquirido.⁵⁷

2.4 Sólo la imposibilidad absoluta anula el contrato

Para que la imposibilidad inicial anule el contrato debe ser *absoluta* u *objetiva*.⁵⁸ Desde tiempos inmemoriales, la imposibilidad se identifica con la presencia de obstáculos que afectarían a cualquier persona en la situación del deudor y se contraponen con la que le afecta exclusivamente a él. Por eso, Pothier concluyó que la imposibilidad *subjetiva* era irrelevante, siempre que la prestación *en sí* fuese posible.⁵⁹

⁵⁶ Esta es la doctrina aceptada desde el caso *Bell v Lever Brothers Ltd* [1932] AC 161, que tuvo por objeto el abono a dos directivos de una sustanciosa indemnización por despido, pero en el que precisamente el tribunal concluyó que el hecho de que después se descubriera que aquellos directivos habían cometido irregularidades que habrían permitido a la empresa despedirlos sin indemnización, no permite considerar nulo el contrato porque el error sobre la situación originaria que motivó el contrato afectaba se considera que se refería meramente al valor o calidad de lo prometido, no a la finalidad del contrato. Vinculándolo con la interpretación de la verdadera intención de los contratantes, de la que no se podía desprender que el finiquito presupusiera la ausencia de motivos para despedir, véase TREITEL, PEEL, *op.cit.*, n. 8-019. Tras *The Great Peace* [2002] EWCA Civ 1407; [2003] Q.B. 679 se estima que no existe base para que se permita anular aplicando criterios de equity. *Ibidem* n. 8-027 ss. Una exposición de los casos más llamativos en que no procede la nulidad por error, que en otras jurisdicciones sí se hubiera declarado, en RANIERI, *op.cit.*, p. 1029 ss.

⁵⁷ Ello es debido a que en el *common law* el error unilateral no propiciado o imputable a la otra parte, aunque recaiga sobre elementos esenciales, no permite anular el contrato por la parte perjudicada. Una síntesis del estado de la cuestión, acompañada de una propuesta de reforma legislativa, en BEALE, Hugh, *Mistake and non-disclosure of facts: models for English contract law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 118-129.

⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, vol. I, *op. cit.* p. 248.

⁵⁹ «Il suffit que le fait auquel quelqu'un s'oblige envers moi, soit possible en soi, quoiqu'il ne lui soit pas possible; car si je n'avois pas connaissance qu'il ne lui étoit pas possible, j'ai eu droit de compter sur sa promesse; et il s'est obligé valablement en ce cas envers moi: in id quanti mea interest non esse deceptum. Il doit s'imputer de n'avoir pas examiné ses forces, et de s'être témérairement engagé à

Este mismo planteamiento ha dominado la aplicación de los códigos germánicos. En Austria, donde el ABGB no distingue lo absolutamente imposible y lo imposible subjetivamente, se tiene por seguro que la incapacidad subjetiva de cumplir, aun la originaria, constituye sólo imposibilidad *relativa* (*schlichte Unmöglichkeit*) que ni anula el contrato, ni permite liberar al deudor.⁶⁰ Lo mismo sucedía en Alemania en la interpretación del § 306 BGB hasta su derogación en 2002. La doctrina mayoritaria consideraba que la imposibilidad subjetiva de cumplir —a la que hacía referencia expresa el § 275 II BGB (*Unvermögen*)— no se incluía en el supuesto de hecho del § 306 BGB.⁶¹

Es muy común poner de relieve un matiz importante en la aplicación de la dicotomía imposibilidad objetiva - imposibilidad subjetiva. Se trata del caso de las obligaciones personalísimas o inherentes a la persona del deudor. En esta hipótesis, se señala, no pueden distinguirse ambos tipos de imposibilidad, lo que conduce, en caso de imposibilidad subjetiva originaria, a la nulidad del contrato.⁶² El supuesto requiere cierta explicación: la imposibilidad meramente subjetiva deviene objetiva o absoluta si la prestación concebida por ambas partes recae sobre quien conocidamente carece de las capacidades requeridas y se puede concluir, por ello, que el contrato es absurdo. Será así, por ejemplo, si alguien contrata a un ciego para que le pinte un retrato.⁶³ Pero la situación parece distinta si el deudor se lo hubiera ocultado al acreedor al contratar o éste lo desconociese por haber contratado a través de la mediación de un tercero.⁶⁴

2.5 Consecuencias de la imposibilidad originaria absoluta y total del objeto contractual

La aplicación de la regla *impossibilium nulla obligatio est* determina dos consecuencias jurídicas fundamentales. La primera es la nulidad radical o absoluta del contrato. La segunda es el nacimiento, bajo ciertos presupuestos, de la obligación de una de las partes de indemnizar a la otra por los daños derivados de haber concluido un contrato nulo.

2.5.1 La nulidad derivada de la imposibilidad originaria del objeto contractual

Como que se trata de un elemento o requisito esencial para la validez del contrato, la falta o ausencia del objeto contractual determina que aquel no pueda ser considerado válido y que, como corolario, se predique la nulidad del acuerdo correspondiente.

Tomando como ejemplo las enseñanzas del Derecho francés tradicional, el régimen de esta nulidad, además, sería el de la llamada radical, absoluta o de pleno derecho, cuya

quelque chose qui le surpassoit» (*Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Paris: Debure l'aîné, 1763, n. 132).

⁶⁰ Por todos, véase RUMMEL, *op.cit.*, p. 1352.

⁶¹ ZWEIGERT, KÖTZ, *op.cit.*, p. 487. Sobre este punto, con mayor detalle, véase infra III § 2.2.

⁶² ZACCARIA, *op.cit.*, p. 983. KOLLER, *op.cit.* § 13 n. 45.

⁶³ RUMMEL, *op.cit.*, p. 1351 n. 2.

⁶⁴ KOZIOL, WELSER, *op.cit.*, p. 134. Véase asimismo RUMMEL, *op.cit.*, p. 1351, n. 2.

declaración podría pedir cualquiera de las partes o aun cualquier tercero interesado, e incluso el ministerio fiscal, y la acción declarativa correspondiente estaría sujeta al plazo máximo de prescripción, de 30 años, sin obligación de restituir si ambas partes tuviesen culpa en el hecho.⁶⁵

Aunque parte de la doctrina francesa sigue defendiendo este criterio⁶⁶, uno de los aspectos más llamativos del Derecho francés actual es que la doctrina predominante patrocina la extensión de la jurisprudencia recaída en casos de venta de cosa ajena⁶⁷ y sobre contratos carentes de causa, a los que la *Cour de cassation* ha pasado a aplicar el régimen de la anulabilidad⁶⁸, al supuesto de falta o imposibilidad del objeto. La explicación de este cambio radica en el reconocimiento de que lo que se tutela es un interés fundamentalmente privado, a pesar del carácter «esencial» de los elementos de que carece el acuerdo contractual. Además, al estar sujeto el régimen a un plazo de prescripción muy largo, se impone una incertidumbre demasiado prolongada, que es incoherente con la proximidad práctica de los supuestos de error en el objeto (al que sería aplicable la anulabilidad) y de objeto imposible (sujeto a la nulidad de pleno derecho).

2.5.2 La responsabilidad derivada de la conclusión de un contrato cuyo objeto es inicialmente imposible

La responsabilidad civil derivada para alguna de las partes de haber celebrado un contrato nulo por falta de objeto sólo puede ser extracontractual, en su modalidad de *culpa in contrahendo*. La parte responsable lo será según lo que al respecto disponga específicamente la ley para ese caso concreto o, en último término, conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil extracontractual.⁶⁹

Los códigos germánicos contienen reglas específicas. Ya he comentado lo que disponía el § 307 BGB hasta su derogación en 2002. Ese precepto había seguido en este punto el mismo criterio que el § 878 II ABGB austríaco. También en Italia existe una regla *ad hoc*, en el artículo 1338 *cod. civ.*, a cuyo tenor «la parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no lo ha puesto en

⁶⁵ YOUNGS, *op.cit.*, p. 590.

⁶⁶ FABRE-MAGNAN, *op.cit.*, p. 397. Véase también las referencias doctrinales en SERINET, Yves-Marie, «Les nullités du contrat», en Jacques Ghestin (dir), *Traité de droit civil. La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause - Les nullités, 4ª ed. LGDJ: Paris, 2013, p. 854 nota 490.

⁶⁷ Para el *Code* —como ya señalé— la venta de cosa ajena es nula a tenor del art. 1599. Pero la doctrina francesa subraya el carácter de excepción de semejante regla y que, en cualquier caso, sólo podría invocarse por el (frustrado) adquirente, no por el vendedor o por el verdadero propietario de la cosa vendida. FLOUR, AUBERT, SAVAUX, *op.cit.*, p. 230.

⁶⁸ SERINET, *op.cit.*, p. 857. Sobre la aplicación de las reglas de la nulidad relativa en casos de ausencia de causa, véase FLOUR, AUBERT, SAVAUX, *op.cit.*, p. 324.

⁶⁹ Una síntesis del fundamento y presupuestos de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* en GARCÍA RUBIO, Mª Paz, OTERO, Marta, La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo, *InDret* 2/2010.

conocimiento de la otra parte, debe resarcir el daño sufrido por esta por haber confiado, sin culpa suya, en la validez del contrato». Esta norma se considera una especificación del deber previsto en el artículo 1337 *cod. civ.* que obliga a actuar de buena fe en el desenvolvimiento de los tratos preliminares y en la formación del contrato, de donde surgiría un deber de comunicación cuando se conoce o se debería haber conocido la causa de la invalidez contractual. Aunque parte de la doctrina califica la responsabilidad *ex artículo 1338 cod.civ.* como contractual, la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria estiman que es extracontractual.⁷⁰

Esta configuración del supuesto de hecho conlleva que la existencia y el alcance de la posible indemnización a favor de la parte perjudicada por la nulidad estén vinculadas a la demostración que la otra parte incurrió en dolo o culpa (con respecto al hecho de que el contrato se estaba concluyendo sobre un objeto inexistente o imposible). El alcance de la responsabilidad estaría fijado, en cualquier caso, en los gastos inútiles y a la pérdida de otras oportunidades de contratar. El límite máximo de lo que se puede reclamar se hallaría, con todo, en el importe asignado al interés contractual positivo, porque es todo lo que el contratante frustrado podría haber conseguido de haberse celebrado válidamente el contrato.⁷¹ Por lo demás, a la parte reclamante que conocía o debía haber sabido cuál era la situación se le podría oponer la reducción parcial o total de la indemnización solicitada, a cuenta de su propia contribución al daño sufrido.⁷²

Cuando el contrato, pese a dar lugar a una prestación originariamente imposible, no puede anularse por esta causa, la cuestión radica en determinar cuál es el régimen de responsabilidad del deudor. Bajo la vigencia del § 306 BGB, la doctrina alemana mayoritaria y la jurisprudencia entendieron que como que la imposibilidad *subjetiva* de cumplir a que hacía referencia expresa el § 275 II BGB (*Unvermögen*) no se incluía en el supuesto de hecho del § 306 BGB, ello significaba que el deudor se responsabilizaba, a título de garantía, de su propia capacidad de cumplir lo prometido. Exactamente el mismo debate se ha producido en Austria, aunque el resultado ha sido muy distinto: como que se parte de la base que el ABGB no dispone de una regulación específica para ese caso⁷³, la doctrina mayoritaria rechaza aplicar simple y llanamente el régimen de la responsabilidad contractual.

2.5 Recapitulación

El análisis de la aplicación de la regla *impossibilium nulla obligatio est* en perspectiva comparada permite apreciar cómo, mediante diferentes instrumentos, existe una tendencia a reducir su ámbito de aplicación y por ende también su alcance práctico. La doctrina, pero sobre todo la jurisprudencia, han ido decantado matices en la aplicación de los requisitos del objeto y de los efectos de la imposibilidad originaria, siempre en la

⁷⁰ ZACCARIA, *op.cit.*, p. 1058, y allí más referencias.

⁷¹ RUMMEL, *op.cit.*, p. 1355 núm. 6. Véase al respecto DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, vol. I, *op.cit.* p. 240.

⁷² KOLLER, *op.cit.*, p. 722.

⁷³ RUMMEL, *op.cit.*, p. 1352.

línea de favorecer la vigencia de un acuerdo como contrato, o al menos de limitar las posibilidades de anulación del contrato por la parte a quien la imposibilidad le es imputable.

En breve síntesis, mediante varios criterios se restringe el concepto de imposibilidad originaria a la que es definitiva e irreversible, aun hipotéticamente, en el momento de contratar, declarándose válidos, en cambio, aquellos contratos que recaen sobre objetos provisionalmente inviables y también aquellos en que sólo al consumarse se comprueba su inviabilidad inicial. Por otro lado, sólo la imposibilidad total, identificada estrictamente con la que implica la falta de ejecución de la prestación comprometida y afecta a cualquier persona, permiten emplear el cauce de la nulidad. La propia definición de la imposibilidad física, aunque en general no se ha circunscrito a lo absurdo, sí ha sido aplicada estrictamente, sin extenderla a la imposibilidad práctica. Lo mismo puede decirse de la imposibilidad jurídica, mucho más frecuente en la práctica judicial, y que se caracteriza por su subsidiariedad con respecto al tratamiento de la ilicitud del objeto. En este ámbito, la vigencia efectiva de la regla depende en gran medida de la receptividad de cada sistema a la creación de nuevos derechos reales u objetos de derechos subjetivos. Por último, aunque en general se parte de la base que el contrato con objeto imposible está afectado por una nulidad de pleno derecho o absoluta, existen precedentes muy importantes donde esta consecuencia esencial resulta significativamente relativizada, en particular en lo referente a la legitimación activa en la acción declarativa de la nulidad.

En las explicaciones doctrinales es habitual hallar justificaciones comunes para la causa y para el objeto, aunque en relación con la posibilidad y la existencia de éste es probable que las razones sean distintas a las que explican por qué ciertos sistemas insisten en la necesidad de una causa para los contratos. ¿Cuál es entonces la verdadera razón de ser de la regla *impossibilium nulla obligatio est*?⁷⁴

Una regla que hace depender la validez de un contrato de que su objeto sea posible puede tener un fundamento muy claro. Como ilustra el caso clásico de la venta del hipocentauro⁷⁵, es una norma que impide otorgar fuerza vinculante a promesas cuyo contenido es a todas luces inviable y a las que, por ello, carece de sentido reconocer consecuencia jurídica alguna. Si hubiese predominado esta interpretación de la regla —como sucede en Austria— bien podría afirmarse que la única finalidad de la norma es evitar que sean justiciables ese tipo de pretensiones absurdas, aunque desde luego podría debatirse acerca de qué determina el límite de lo absurdo. La finalidad de la norma sería proteger lo que Rabel llamó la «dignidad del Derecho», en relación con la

⁷⁴ Para este punto, fundamental: DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, vol. I, *op.cit.* p. 241.

⁷⁵ Inst. III, 19, 1.

«economía de la tutela jurídica».⁷⁶ Mas como que esta interpretación tan restrictiva no ha sido seguida en general en Derecho comparado, entre otras razones porque textualmente las reglas codificadas no la exigen como necesaria, resulta muy complejo encontrar razones que no se basen, lisa y llanamente, en una extrapolación indebida de las condiciones de la obligación jurídica.

El debate doctrinal en Italia proporciona valiosa información sobre los contornos del problema. Primero porque, a diferencia del parecer mayoritario de la doctrina francesa, en Italia la doctrina se muestra convencida de la inutilidad práctica y dogmática de las elucubraciones sobre qué sea el objeto que constituye requisito general de todo contrato.⁷⁷ Segundo porque un especialista en la materia ha concluido que el requisito de la posibilidad del objeto «no debe ser analizado sobre la base de parámetros de valoración abstractos, sino a la vista de la interpretación conjunta del contenido de la operación económica concretamente puesta en marcha mediante el acto de autonomía».⁷⁸ Y a partir de ahí concluye que el discurso sobre la posibilidad es sustancialmente extraño al tema del objeto contractual «debiendo más bien situarse en el terreno de la causa y por tanto en la perspectiva funcional del acto de autonomía privada». La conclusión es que la regla en sí es superflua y la explicación de la inserción de este requisito en la sección dedicada al objeto representa no sólo una duplicación del régimen de la causa, sino sobre todo «una manifestación... de la tendencia del legislador de 1942 a una concepción y perspectiva materialística de la noción de objeto de las situaciones contempladas por el contrato»⁷⁹, que hoy está en franca decadencia. Entre nosotros Díez-Picazo planteó magistralmente la necesidad de una revisión crítica del requisito de la posibilidad del objeto contractual, poniendo de manifiesto que es tributario de un pensamiento anclado en la idea que el arreglo de intereses en que consiste todo contrato tiene que tener, necesariamente, un objeto *material*, entendido como perceptible por los sentidos y no simplemente imaginado en la mente de los contratantes.⁸⁰

⁷⁶ KOLLER, *op.cit.*, p. 211-213, quien propone una reinterpretación del requisito de la posibilidad del objeto contractual que sólo tenga como consecuencia que prestaciones abiertamente imposibles no puedan ser objeto de contrato.

⁷⁷ GORLA, Gino, «La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (*civil law*). (Saggio di critica mediant il metodo comparativo)», *Jus*, 1953, p. 291-2. Para este autor la tendencia a la generalización propia de los sistemas continentales ha colocado como paralelo de los requisitos subjetivos los objetivos, por más que en realidad no sean susceptibles de generalización y la norma sólo sirve para referir que existen reglas jurídicas que establecen la invalidez del contrato a consecuencia de un defecto o de ciertas características de la prestación u objeto. Véase también ALPA, Guido, *Corso di diritto contrattuale*, CEDAM: Padova, 2006, p. 65 (quien, refiriéndose al objeto, la denomina «noción bastante discutible, y de significado incierto»).

⁷⁸ GABRIELLI, *op.cit.*, p. 75.

⁷⁹ GABRIELLI, *op.cit.*, p. 61.

⁸⁰ *Idem*, p. 245.

La generalidad de la regla, que presenta los requisitos del objeto como un elemento estructural de la noción de contrato —es decir: como un elemento sin el cual para la ley no hay contrato— implica, además, consecuencias cuya admisión es muy discutible.

En primer lugar, la regla supone el riesgo de suprainclusión: la invalidez afecta a muchos supuestos de hecho, aparte de a los mencionados acuerdos sobre objetos absurdos, ya que añade un límite a la autonomía privada que se suma al cumplimiento de los requisitos de licitud del contrato en sentido amplio (*causa, bonos mores, respeto de las normas imperativas*). Además, supone negar vigencia a un acuerdo sin examinar cuál ha sido el proceso de formación del consentimiento. Sólo requiere un dato objetivo para el que no es necesario indagar cuál fue la intención de las partes. Salvo error o dolo —propios o ajenos— nadie se compromete a algo que sabe que no podrá cumplir, pero la regla general incluida en tantos códigos es un obstáculo al desarrollo de la contratación privada en sectores caracterizados porque las partes negocian en entornos de incertidumbre o con limitado conocimiento de la realidad sobre la que contratan. No se ven razones para no reconocer un interés, y que sea útil y legítimo celebrar contratos para poder proteger ese interés, aunque recaiga sobre objetos que más tarde se revelan como inexistentes u originariamente imposibles.

En realidad, además, el supuesto carácter estructural de la regla y su efecto aparentemente automático no han impedido que la jurisprudencia de varios países haya admitido como válidos pactos expresos o tácitos cuya finalidad es precisamente descartar la aplicación de la regla de nulidad o modalizar sus efectos. Y en algún país se admite francamente que la norma que impone la posibilidad inicial del objeto es dispositiva, por lo que las partes pueden excluirla mediante un acuerdo no sólo expreso sino incluso tácito.⁸¹

Por otro lado, la sanción de nulidad resultante de la falta o la imposibilidad del objeto contractual no discrimina entre los intereses que son merecedores de tutela y los que no. Se limita a hacer desaparecer de la vida jurídica al contrato, equiparando el interés de quien no podía cumplir con el de quien ve frustrado su interés a causa de la imposibilidad inicial de la prestación. Este carácter automático de la sanción, basado simplemente en la falta de un requisito estructural, hace abstracción de la situación de cada una de las partes: no existe contrato, independientemente de que alguna de las partes contratantes conociera o debiera haber conocido los obstáculos iniciales al cumplimiento de lo prometido. Descartada la existencia de contrato, la consecuencia práctica es que el único remedio que se pone a disposición de la parte perjudicada por la frustración de su interés es la responsabilidad civil extracontractual, con el riesgo de que las condiciones para exigirla no se puedan cumplir —señaladamente, cuando pueda tratarse de daños patrimoniales puros que queden fuera del tipo de daño resarcible en vía extracontractual o se estimen demasiado remotos. Pero incluso si se reconoce legalmente el derecho a ser indemnizado, por lo único que cabe reclamar es

⁸¹ KOLLER, *op.cit.*, p. 217 n. 80.

por haber confiado en la vigencia de un contrato nulo. La falta de contrato priva de base jurídica a la pretensión de cumplimiento o de resolver el contrato por incumplimiento que protege el interés de cumplimiento de la parte perjudicada por la imposibilidad. Como también resaltó Díez-Picazo, «limitar la responsabilidad por culpa *in contrahendo* al interés negativo es dar un trato de favor al que contrató conociendo (o debiendo conocer) la imposibilidad, lo que tampoco parece una solución afortunada».⁸²

El último corolario de la regla de nulidad por imposibilidad objetiva originaria es que, al tratarse de la ausencia de un elemento esencial en el concepto legal de contrato, la acción para declarar la nulidad se rige por los criterios aplicables a la nulidad de pleno derecho, que se caracteriza por una amplísima legitimación activa, por la posibilidad de apreciación *ex officio* y por la imprescriptibilidad de la correspondiente acción declarativa. Estas características no encajan con el dato incuestionable de que el único interés objeto de tutela es el de la parte cuyas expectativas resultan frustradas por la imposibilidad originaria.

Todas estas razones, junto con la inconsistencia de las que se predicán para defender su existencia en los códigos civiles, conducen a la conclusión de que la regla *impossibilium nulla obligatio est* debe ser abandonada. Esto no significa llegar al absurdo de que todo acuerdo, sea cual fuere su contenido, es válido y eficaz o que cualquier obligación debe ser ejecutable *in natura*. El control de la licitud del contrato y las condiciones que la propia ley impone a la pretensión de cumplimiento en forma específica son las sedes donde esos temas deben abordarse. Pero se trata de reglas distintas a la que es objeto de comentario, cuya generalidad es fuente de consecuencias jurídicas carentes de justificación.

III. LA IMPOSIBILIDAD ORIGINARIA DE LA PRESTACIÓN COMO FUNDAMENTO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

En la sección precedente se ha hecho referencia a los problemas que suscita la regla de la nulidad del contrato por imposibilidad originaria de la prestación. En la que ahora se inicia se quiere comprobar cómo funciona su alternativa. Es decir: cómo se configura el régimen de responsabilidad contractual del deudor de una obligación originariamente imposible, una vez constatado que el mantenimiento de la vigencia del contrato es la opción más conveniente.

⁸² DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, vol. 1, *op.cit.*, p. 243. En realidad, como bien destacó Pantaleón, «una justa tutela del contratante acreedor de la prestación imposible, que no la sabía tal, exige no excluir absolutamente que pueda mantener el contrato [...] y reclamar a la otra parte una indemnización en la medida del interés en el cumplimiento [...] cuando la otra parte haya conocido la imposibilidad de la prestación que prometía, o quepa imputarle haberla prometido ignorando su imposibilidad» (PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC* 46 (1993) p. 1721).

Como ya señalé, los textos de referencia europeos e internacionales se basan expresamente en la regla favorable a la validez del contrato a pesar de la imposibilidad originaria de la prestación. Por eso, primero abordaré el régimen propuesto en los PICC, los PECL y el DCFR [§ 1]. A continuación, y como contrapunto, examinaré la cuestión en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (en adelante, CISG) [§ 2.1] y en el BGB, que dedica un párrafo expresamente a este tema [§ 2.2]. A pesar de la diversidad de caminos que emplean estos textos, puede aventurarse que los resultados son comparables en cualquiera de los modelos.

1. *Textos internacionales y europeos de referencia*

1.1. *PICC*

La abolición del requisito de existencia y posibilidad del objeto conlleva en los PICC que la imposibilidad inicial se equipare en sus consecuencias y régimen jurídico a la imposibilidad sobrevenida.⁸³ Los derechos y deberes de las partes con ocasión de la imposibilidad de cumplir de una de ellas (o de ambas) se determinan según las reglas del incumplimiento. Es en esa sede donde se pondera qué consecuencias tiene que el deudor o el acreedor, o ambos, conociesen la imposibilidad en el momento de concluir el contrato.⁸⁴

En los PICC, el incumplimiento otorga a la parte perjudicada el derecho al resarcimiento de los daños, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que dicho incumplimiento sea *excusable*.⁸⁵ El artículo 7.1.7(1) PICC establece —mediante la rúbrica «Fuerza mayor»— las estrictas condiciones bajo las que la parte incumplidora puede excusarse: el incumplimiento sólo es excusable si el deudor prueba que fue debido a «un impedimento ajeno a su control y que, en el momento de celebrarse el contrato, no cabía razonablemente esperar, haberlo tenido en cuenta, o haber evitado o superado sus consecuencias».

Desde el punto de vista de quien no puede cumplir a causa de la imposibilidad originaria de la prestación, por lo tanto, la cuestión es si puede excusarse alegando fuerza mayor. En los PICC ello requiere que se haya producido un «impedimento ajeno al control del deudor» y que, además, no cupiese razonablemente esperar que el deudor lo hubiese tenido en cuenta al concluir el contrato, o que lo hubiera evitado o superado sus consecuencias. En el comentario oficial se dice que la noción de fuerza mayor cubre los supuestos que en el *common law* se incluyen dentro de las doctrinas de *frustration* e *impossibility of performance*, y que en los sistemas continentales forman parte de las doctrinas de la fuerza mayor y de la imposibilidad (*Unmöglichkeit*).⁸⁶ Pero también se añade que la noción empleada por el artículo 7.1.7

⁸³ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, p. 96.

⁸⁴ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, p. 97.

⁸⁵ Art. 7.4.1 PICC.

⁸⁶ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, p. 236.

PICC «no es idéntica a ninguna de estas doctrinas».⁸⁷ En este sentido, la norma no especifica que el impedimento tenga que producirse necesariamente *después* de la celebración del contrato. Aunque todos los ejemplos que la ilustran se refieren a situaciones que sobrevienen durante la ejecución de un contrato, la doctrina considera que los impedimentos iniciales que hacen que la prestación sea de imposible cumplimiento también entran en el ámbito de aplicación del artículo 7.1.7 PICC.⁸⁸ En ese caso concreto, se requiere que el (futuro) deudor haya cumplido un deber precontractual de diligencia cuyo objeto sería «anticipar todos los posibles riesgos de obstáculos inevitables e insuperables al cumplimiento». Si una persona razonable, en las mismas circunstancias que el deudor, hubiera anticipado, en el momento de la celebración del contrato, el evento que conllevó el incumplimiento, si el deudor concreto no hubiera incorporado esa eventualidad al contrato en realidad estaría asumiendo el riesgo de que llegado el caso ello comporte su responsabilidad por incumplimiento.⁸⁹ A la inversa, si empleando la debida diligencia —en un estándar objetivo de persona razonable bajo las mismas circunstancias— el deudor no hubiera podido tomar conocimiento de la imposibilidad inicial que afectaba a su prestación, aquél podrá excusarse y evitar su responsabilidad. En cualquier caso, la carga de la prueba recae sobre él, que debe probar todos los elementos que exige el artículo 7.1.7(1) PICC.⁹⁰ Si el deudor se libera, el acreedor puede resolver el contrato aunque no pueda pedirle indemnización de daños; de manera que la pérdida (originaria) del objeto de la prestación corre a riesgo del deudor.⁹¹

¿Implica la aplicación de los remedios del incumplimiento, incluida la exoneración por fuerza mayor, que el contrato cuyo objeto es inicialmente imposible no se puede anular por error? Indudablemente un error sobre la existencia actual de la cosa o sobre la imposibilidad inicial de la prestación constituye un error determinante a los efectos del artículo 3.2.2(1) PICC, que exige que, de haber conocido la realidad de las cosas, el contrato no se habría celebrado o se habría concluido en términos sustancialmente distintos. Las dudas surgen a raíz de los ejemplos propuestos en los comentarios oficiales de los PICC. Allí se dice que podría anularse el contrato «cuando ninguna de las partes supiera que la cosa mueble vendida había sido robada» y también que, cuando la cosa vendida hubiera perecido antes de la venta, «debe tenerse en cuenta lo que dice el artículo 3.1.3».⁹² Algún autor ha criticado ambas afirmaciones: respecto a la venta de cosa robada porque se considera que, aunque desde luego hay error, estaríamos claramente ante una situación de incumplimiento, por lo que el comprador sólo podría acudir a las reglas del incumplimiento (*ex* artículo 3.2.4 PICC); por lo que se

⁸⁷ UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, p. 237.

⁸⁸ KLEINHEISTERKAMP, Jan, «Art. 7.1.7», en Stefan Vogenauer, Jan Kleinheisterkamp, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: OUP, 2009, p. 768. Contra U. HUBER, *op.cit.*, p. 116, 122.

⁸⁹ Véase KLEINHEISTERKAMP, *op.cit.*, p. 772.

⁹⁰ *Idem*, p. 776.

⁹¹ *Idem*, p. 775.

⁹² UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts 2010*, p. 101.

refiere a la pérdida de la cosa, el razonamiento del comentario podría dar a entender que la imposibilidad inicial *nunca* puede dar lugar a la invalidez del contrato (incluso aunque mediara un error sobre ese hecho). Lo correcto es entender que el artículo 3.1.3 se limita a decir que la *mera* imposibilidad inicial no invalida el contrato, pero que ello no excluye que pueda tener lugar un error que invalide el contrato.⁹³

Seguramente hay que distinguir: si quien pretende invocar el error es el *deudor* que no puede cumplir, para él no estaría vedado el recurso a la anulación por error, siempre que esa parte pueda argüir que erró sin «culpa grave» y que no asumió el riesgo de la imposibilidad inicial de la prestación, ni debía soportarlo. Será difícil, mas no imposible, que el vendedor de cosa robada antes de concluir el contrato pueda demostrar que había actuado con la diligencia necesaria y que, pese a todo, concluyó un contrato cuyo cumplimiento *in natura* ya era entonces imposible o prácticamente inviable. Llegar a una conclusión distinta porque el robo de la cosa vendida no hace imposible la prestación *per se*, parece incompatible con la asimilación de las normas aplicables a los impedimentos anteriores y posteriores a la celebración del contrato.⁹⁴ Por otro lado, si quien pretende invocar el error es el *acreedor*, éste tiene en su mano, en efecto, los remedios del incumplimiento: en los PICC no procede anular sino exigir el cumplimiento y, en su caso, resolver y reclamar la indemnización del interés contractual positivo. Si resulta que el incumplimiento es excusable, porque la imposibilidad inicial no era ni imputable ni reconocible según los parámetros del artículo 7.1.7 PICC, entonces el interés del acreedor quedará insatisfecho y éste no tendrá tampoco derecho a indemnización. ¿Podría, entonces sí, anular el contrato por error? En ese caso, podría decirse que los remedios del incumplimiento no han resultado suficientes y que sería justo que recuperase, al menos, el interés contractual negativo. Pero hay que recordar que la indemnización sólo puede ser exigida a «la parte que conoció o debía haber conocido la causa de anulación» (artículo 3.2.16 PICC), lo que implica un juicio de valor muy similar al que se tendría que haber efectuado para concluir que el incumplimiento del deudor era excusable conforme al artículo 7.1.7 PICC.

1.2 PECL

En los PECL, la falta de adopción de la regla de nulidad por imposibilidad originaria del objeto se justifica señalando que los casos en que ninguna de las partes estaba al tanto de la imposibilidad originaria serán supuestos de «error común», donde cualquiera de las partes debe poder impugnar el contrato, o bien situaciones en que una de las partes

⁹³ HUBER, Peter, «Arts. 3.1-3.7», en Stefan Vogenauer, Jan Kleinheisterkamp, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: OUP, 2009, p. 418.

⁹⁴ Por lo demás, si la culpa atribuible al *errans* no es tan «grave» que obstaculice su pretensión de anulación, pero puede decirse que, en alguna medida, debió haber conocido la imposibilidad inicial de la prestación, entonces parece que aquel está obligado a indemnizar el interés contractual negativo (art. 3.2.16 PICC). U. HUBER, *op.cit.*, p. 116.

ha asumido o debe asumir el riesgo de aquella imposibilidad inicial.⁹⁵ En este último caso, aunque el cumplimiento en forma específica no sea posible, el deudor deberá responder por incumplimiento.⁹⁶

La opción de los PECL de configurar los casos de imposibilidad inicial como supuestos de error común o como casos de asunción del riesgo por una de las partes podría dejar en el aire la cuestión de si la parte obligada por la prestación originariamente imposible puede, en lugar de anular el contrato, liberarse de responsabilidad oponiendo una causa de justificación del incumplimiento.⁹⁷ La respuesta es claramente negativa⁹⁸ a pesar de que el artículo 8:108 (1) PECL emplea términos casi idénticos a los del artículo 7.1.7 PICC.⁹⁹ En el comentario se pone expresamente de manifiesto que el artículo 8:108 (1) PECL no es de aplicación a los impedimentos que existían al contratar, en cuyo caso se remite a la anulación por error.¹⁰⁰

Dos casos sirven para ilustrar este punto de vista: por un lado, la venta de los restos de un petrolero que se suponía hundido en un punto determinado de la costa, inspirado en el caso australiano *McRae*¹⁰¹ y que concluyó con la condena de la entidad pública vendedora; y, por otro lado, el caso de venta de cierta maquinaria situada en un lugar distante que impide su examen por el comprador, comprobándose más tarde que la maquinaria había sido destruida por un incendio sucedido antes de la celebración del contrato. En este caso, responde el vendedor porque debería haber sabido que la maquinaria había sido destruida.¹⁰² Por contraposición a estos ejemplos, y como ilustración de un supuesto de error común que sí permite anular el contrato, se propone el caso de la señora inglesa que en cierta ocasión acepta alquilar a una buena amiga danesa una granja que posee en Francia; el alquiler debía comenzar cinco días después del contrato, pero la granja había sido arrasada por un incendio ocurrido por la noche justo antes de concluir el contrato. Cuando se enteran de lo sucedido, la

⁹⁵ LANDO, Ole; BEALE, Hugh (eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II Combined and Revised*, The Hague [etc.]: Kluwer Law International, 2000, p. 228.

⁹⁶ En los PECL existe incumplimiento siempre que una parte no cumple sus obligaciones conforme al contrato, e incluye los supuestos de cumplimiento defectuoso o intempestivo y el de obligaciones accesorias. LANDO, BEALE, *op.cit.*, p. 359.

⁹⁷ Según el art. 8:101(1), «siempre que una parte no cumpla con alguna de las obligaciones derivadas del contrato y el incumplimiento no pueda justificarse con arreglo al artículo 8:108, el perjudicado puede recurrir a cualquiera de los medios dispuestos en el capítulo 9». Si el incumplimiento puede justificarse con arreglo al art. 8:108, el perjudicado no podrá reclamar el cumplimiento en forma específica ni la indemnización de daños y perjuicios (art. 8:101(2) PECL).

⁹⁸ FAUST, *op.cit.*, p. 851.

⁹⁹ Art. 8:108 (1) PECL («una parte queda liberada de su deber de cumplimiento si prueba que no puede proceder al cumplimiento de su obligación por un impedimento que queda fuera de su control y que no se puede pretender de manera razonable que hubiera debido tenerse en cuenta dicho impedimento en el momento de la conclusión del contrato o que la parte hubiera debido evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias»).

¹⁰⁰ LANDO, BEALE, *op.cit.*, p. 379.

¹⁰¹ *McRae v Commonwealth Disposals Commission* (1951) 84 C.L.R. 377. Véase supra § II.

¹⁰² Véase Caso único a Art. 4:102 PECL y 7 a Art. 4:103 PECL.

arrendataria ya había adquirido sus billetes de avión. El contrato sería válido a pesar de la pérdida originaria de la cosa objeto del mismo, si bien «puede ser anulado por cualquiera de las partes, con la consecuencia que no se debe renta alguna y que la señora danesa tampoco puede reclamar el importe de los billetes de avión».¹⁰³ Hay que asumir que la arrendadora inglesa ni sabía ni tampoco debería haber sabido, antes de contratar, que la granja se había incendiado, pues de lo contrario debería pechar con ese riesgo. Las razones por las que se considera que no debería haberlo sabido no constan en los comentarios, aunque en el ejemplo se pone énfasis en que se trata de una arrendadora que no se dedica profesionalmente a alquilar granjas de vacaciones en Francia, que la que le pertenece no suele alquilarla, que el contrato parece que se celebra a distancia entre las partes y también con respecto a la casa que se alquila y, finalmente, que el evento tiene lugar, a efectos prácticos, instantes antes de celebrar el contrato (se dice «la noche anterior»). Tales circunstancias parecen ser decisivas del distinto trato que se dispensa a los casos mencionados anteriormente y también a la agencia dedicada profesionalmente a alquilar barcos de recreo, que, sin saberlo ninguna de las partes, había alquilado un yate hundido poco antes de celebrarse el contrato, mientras permanecía amarrado en el puerto de Marsella.¹⁰⁴ Según los comentarios, en este último ejemplo, «el arrendador, al ser un profesional que trata con un no-profesional, y estar además en posición de conocer hechos que la otra parte no puede conocer, no puede anular el contrato y responde por incumplimiento».¹⁰⁵ Algún autor ha subrayado que tal vez lo relevante no es tanto la condición de profesional de alguno de los afectados, sino si alguna de las partes, y en especial el promitente, estaba o no en posición de conocer la imposibilidad.¹⁰⁶ En mi opinión, está claro que se aplica sin decirlo, en sede de asignación de riesgos que permiten anular el contrato, un estricto test de si el riesgo en cuestión forma o no parte de la esfera de control de quien pretende anular el contrato. Tratándose de un complejo empresarial, se da a entender que la reconocibilidad de las posibilidades de cumplir lo prometido alcanza a situaciones que tal vez no serían imputables en un test de culpa-negligencia, pero que son imputables en la medida en que constituyen un riesgo inevitable adscrito a la esfera de control del deudor y con la que puede contar la otra parte contratante.

Nótese, por último, que el éxito de la anulación determina, para el *errans*, la liberación de cualquier responsabilidad por la anulación del contrato. La razón de ello es clara: en los PECL la indemnización por error sólo se justifica a favor del *errans* y nunca a su cargo, tanto si puede anular como si tiene que continuar con el contrato porque el error no fue esencial o determinante. Si, como sucede en los supuestos de error común, el error no es imputable a nadie y por ello se concede a cualquiera de las partes

¹⁰³ Ejemplo 5 a Art. 4:103. LANDO, BEALE, *op.cit.*, p. 233.

¹⁰⁴ Ejemplo 10 a Art.4:108 PECL. Ejemplo 5 a Art. 4:103.

¹⁰⁵ LANDO, BEALE, *op.cit.*, p. 235.

¹⁰⁶ En este sentido, ACKERMANN, Thomas; FRANCK, Jens-Uwe, «Validity», en: Stefan Leible, Matthias Lehmann (eds.), *European Contract Law and German Law*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2014, p. 170.

la posibilidad de impugnar, no existe base alguna para imponer una indemnización a cargo de una parte y a favor de la otra.

1.3 DCFR

En esta materia, el DCFR sigue al pie de la letra los materiales y los textos heredados de los PECL. Por lo tanto, mediante la misma explicación y los mismos ejemplos, para la imposibilidad original del objeto el DCFR se remite a la posibilidad de las partes de anular el contrato, siempre que ninguna de ellas debiera asumir el riesgo de la imposibilidad, principalmente porque esa parte debió haber sabido que el objeto era imposible o que la cosa había perecido antes de contratar.

El deudor de la prestación inicialmente imposible tampoco puede invocar que el impedimento a su propio cumplimiento no le es imputable conforme al artículo III.-3:104 DCFR porque —como sucede en el artículo 8:108 (1) PECL— la exoneración requiere que el impedimento haya tenido lugar *después* de celebrado el contrato.¹⁰⁷

2. El contrato con objeto imposible en la CISG y el BGB

En este apartado se examinan por separado dos regulaciones que están en vigor en sus respectivos ámbitos de aplicación y que se caracterizan por partir, también, de la superación de la regla *impossibilium nulla obligatio est*. Esto no quiere decir, sin embargo, que presenten exactamente los mismos perfiles.

2.1 CISG

La CISG no tiene una norma que haga referencia a la imposibilidad inicial del contrato y a sus consecuencias. Esto ha provocado cierta división doctrinal, más acentuada en los primeros años de vigencia del texto que en la actualidad. La primera duda, evidentemente, es la que concierne a la cuestión de si la compraventa es nula en el caso de pérdida de la cosa vendida antes de haber celebrado el contrato o, en general, cuando en ese momento ya existían las causas que hacían imposible el cumplimiento del contrato. Como que numerosos ordenamientos de países firmantes de la CISG poseen normas que predicen ese resultado, la primera pregunta es si la CISG desplaza esas normas para las compraventas internacionales de mercaderías.

En una primera aproximación, podría considerarse que en los casos en que —según el Derecho nacional aplicable— la imposibilidad originaria comporte la nulidad *ope legis* del contrato, estos supuestos quedarían fuera del ámbito de aplicación de la CISG por tratarse de cuestiones relativas a la *validéz* del contrato (artículo 4 (a) CISG).¹⁰⁸ La

¹⁰⁷ Comentario B al art. III.-3:104 DCFR.

¹⁰⁸ Así lo sostienen TALLON, Denis, «Commentary to Article 79», en Cesare M. Bianca, Michael J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè: Milano, 1987, p. 577-8 y NEUMAYER, Karl H.; MING, Catherine, «Art. 4», en François Dessemontet (ed.), *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises: commentaire*, Lausanne: Centre du droit

doctrina hoy predominante considera, sin embargo, que la imposibilidad inicial no es una causa de invalidez aplicable a los contratos sujetos a la CISG, sino uno de los casos en que pueden utilizarse los remedios previstos por la propia Convención.¹⁰⁹ Lo mismo debe decirse con respecto a las reglas que —como el artículo 1599 *Code civil*— declaran la nulidad del contrato en caso de que los bienes vendidos no pertenecieran al vendedor.¹¹⁰

Tanto los antecedentes de la CISG como la interpretación literal y sistemática de sus preceptos abonan esta conclusión, que se refuerza teniendo en cuenta que el carácter internacional de la norma requiere una interpretación autónoma y que garantice su aplicación uniforme en todos los Estados parte.¹¹¹ Si lo concerniente a la validez del contrato se interpretara ampliamente, remitiendo a cualquier regla nacional que implicara que el contrato es nulo, anulable o aun inejecutable¹¹², ello comprometería la eficacia real de la CISG. Esta conclusión la corrobora, además, una interpretación sistemática de la misma, en particular de lo que se dispone en su artículo 68.3, en materia de riesgos de las mercaderías vendidas en tránsito.¹¹³ El último apartado de

de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1993, p. 74. Véase otras referencias en FLAMBOURAS, Dionysios P., «The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law - A Comparative Analysis», *Pace Int'l L. Rev.* 13 (2001) p. 270 nota 26. Un examen reciente de los defensores de esta postura y de la contraria, en MAHASNEH, Nisreen, «Subject matter and consideration of the contract: the approaches of the 2010 UNIDROIT PICC, the 1980 CISG, and the 1976 Civil Code of Jordan», *Unif. L. Rev.* (2014) 19(3), p. 390-410.

¹⁰⁹ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair, «General issues concerning the application of the convention», en Peter Huber, Alastair Mullis, *The CISG. A new textbook for students and practitioners*, Sellier, München, 2007, p. 24.

¹¹⁰ SCHWENZER, Ingeborg, HACHEM, Pascal, «Art. 4», en Schwenger, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 89 n. 33.

¹¹¹ DJORDJEVIC, Milena, «Comentary to Article 4», en Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, C.H. Beck, Hart, Nomos: München, 2011, p. 64. Con gran detalle sobre los antecedentes del art. 4(a) CISG, recomendando una actitud muy prudente a la hora de ampliar su campo en detrimento del carácter internacional de la convención, véase HARTNELL, Helen E., «Rousing the Sleeping Dog: The Validity Exception to the Convention on Contracts for the International Sale of Goods», 18 *Yale Journal of International Law* (1993), p. 22 ss. Entre nosotros, también predomina el criterio de defender la autonomía de la CISG en cuanto a la interpretación de sus presupuestos: ROJO AJURÍA, Luis, «Comentario al art. 4», en Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Dir.), *La Compraventa internacional de mercaderías: comentario de la convención de Viena*, Madrid: Civitas, 1998, p. 76-77 y sobre todo p. 81. En particular sobre el impacto de la ajenidad de la cosa respecto a la validez de la venta, en el mismo sentido, MIQUEL GONZÁLEZ, Jose M^º, «Comentario del art. 41», *ibídem*, p. 359.

¹¹² Pero véase la sentencia *Geneva Pharmaceuticals Tech. Corp. v. Barr Labs. Inc.*, U.S Federal District Court [New York] 10 Mayo 2002, que consideró que «under the CISG, the validity of an alleged contract is decided under domestic law» [...] «by validity, CISG refers to any issue by which the domestic law would render the contract void, voidable, or unenforceable» Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020510u1.html>. [Fecha de consulta: 17 julio 2015].

¹¹³ Artículo 68: «El riesgo respecto de las mercaderías vendidas en tránsito se transmitirá al comprador desde el momento de la celebración del contrato. No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en

este artículo permite sostener que el contrato es válido incluso en caso de imposibilidad originaria de su objeto.¹¹⁴ La atribución del riesgo al vendedor que conocía o debía conocer la pérdida supone que el comprador puede resolver por incumplimiento y pedir indemnización por el interés contractual positivo.¹¹⁵

La aplicación de la CISG a los contratos cuyo objeto es imposible o cuando la cosa vendida ha perecido antes de su celebración, viene confirmada por el régimen de responsabilidad establecido en la Convención y que se basa en la garantía del cumplimiento del contrato por ambas partes, respondiendo de los daños y perjuicios en caso contrario (artículos 45.1 b) y 61.1 b) CISG). Con todo, la parte incumplidora puede demostrar que su falta de cumplimiento se debió a «un impedimento ajeno a su voluntad y [que] no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta... en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase, o que evitase o superase sus consecuencias» (artículo 79 CISG). Según la doctrina dominante, el concepto unitario de incumplimiento y de las posibles causas de exoneración de responsabilidad en la CISG permite prescindir de las distinciones tradicionales, basadas en el momento en que surge el impedimento.¹¹⁶ No jugarían ningún papel ni la diferencia entre imposibilidad originaria y sobrevenida, ni tampoco el resto de calificaciones (objetiva o subjetiva, culpable o inculpable, permanente o temporal) porque en todos los casos entra en juego única y exclusivamente el artículo 79 CISG.¹¹⁷

En general, la aplicación práctica del artículo 79 CISG también apunta a que el contrato se tiene por válido aunque la imposibilidad sea originaria. En ese caso, además, suele

poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte. *Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor».*

¹¹⁴ RAYMOND, *op.cit.*, p. 903.

¹¹⁵ FAUST, *op.cit.*, p. 851. Véase también SCHWENZER/HACHEM, *op.cit.*, p. 89 n. 33 y MAGNUS, Ulrich, *Wiener UN-Kaufrecht* (J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen), Sellier, de Gruyter: Berlin, 2013, Art. 4, n. 44, p. 143.

¹¹⁶ «The approach of the Convention does not allow for a differentiation based on the reasons and timing of non-performance and its provisions take precedent over national rules» (ATAMER, Yesim M., «Commentary to Art. 79», en Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, C.H. Beck, Hart, Nomos: München, 2011, p. 1074).

¹¹⁷ MAGNUS, *op.cit.* art. 79 n. 33 p. 920. Según el Comentario oficial del anteproyecto de CISG, el hecho de añadir en el art. 79 CISG las palabras «en el momento de la celebración del contrato», obedeció a que en cierto casos el impedimento puede haber existido en ese momento. Y se ponía el siguiente ejemplo: «Goods which were unique and which were the subject of the contract may have already perished at the time of the conclusion of the contract. However, the seller would not be exempted from liability if he reasonably could have been expected to take the destruction of the goods into account at the time of the conclusion of the contract» (*Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Prepared by the Secretariat, Official Records* 55, U.N. Document A/CONF.97/5 (1979), p. 15 [citado en FLAMBOURAS, *op.cit.*, p. 270 nota 22]). Véase también ATAMER, *op.cit.*, p. 1074 nota 114, quien también recuerda que fue rechazada una propuesta de India de introducir el análisis de validez conforme al Derecho nacional para los casos de imposibilidad inicial.

suceder que la parte incumplidora no es exonerada porque se estima que debió haber conocido la imposibilidad y contar con un impedimento que ya existía en el momento de concluir el contrato. Un tribunal holandés, por ejemplo, rechazó la exoneración por fuerza mayor alegada por el vendedor que al contratar no se percató de que no podría procurarse una leche en polvo que cumpliera las normas de importación aplicadas por el Estado del comprador. El tribunal entendió que el vendedor estaba al tanto de esta reglamentación al contratar y que, al comprometerse a enviar ciertas toneladas de aquel producto, asumió el riesgo de no encontrar material que cumpliera las condiciones exigidas.¹¹⁸ Otra sentencia en que el vendedor alegó que tenía prohibido por su gobierno exportar los bienes objeto de la venta también concluyó que la normativa en que se basaba la prohibición estaba en vigor al celebrar el contrato y que el vendedor debió, por tanto, haberla tenido en cuenta antes de comprometerse.¹¹⁹

Es una cuestión vivamente debatida si el comprador frustrado puede, en lugar de emplear los remedios contractuales regulados por la CISG, acudir a las normas del Derecho nacional aplicable para fundamentar una acción declarativa de su error sobre las cualidades del objeto, anular el contrato y exigir al vendedor la reparación del interés contractual negativo. El criterio predominante es que las acciones de cumplimiento y los demás remedios previstos en la Convención excluyen el recurso a la acción de impugnación. En cambio, se estima que la posibilidad de emplear esos remedios no priva al comprador de su acción de anulación si el vendedor había incurrido en dolo. Ahora procede plantear, sin embargo, hasta qué punto sería posible admitir que cualquiera de las partes invocara un error común sobre el objeto del contrato a causa de la imposibilidad inicial o de la pérdida de la cosa que ambas ignoraban. Parte de la doctrina estima que no es posible hacer entrar en juego las reglas del error¹²⁰ y que la exoneración de responsabilidad y la posibilidad de resolución por parte del acreedor frustrado ya son suficientes para cubrir su interés. No obstante, parece que del mismo modo en que mediante la interpretación del contrato puede concluirse que la parte afectada por la falta de objeto había proporcionado una garantía sobre la existencia en todo caso del objeto, respondiendo en consecuencia por su pérdida previa a la conclusión del contrato, también podría en algún caso concluirse que la intención de las partes era que el contrato se anulara si su objeto no existía.¹²¹ En esta misma línea, en teoría también sería posible que el deudor tratara de anular el contrato con base en el error común y que así consiguiera liberarse de su responsabilidad. Si ese error le fuese subjetivamente imputable, o si se estimara que

¹¹⁸ *Malaysia Dairy Industries v. Dairex Holland*, Arrondissementsrechtsbank 's-Hertogenbosch, 2 Octubre 1998. Disponible en <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/981002n1.html>. [Fecha de consulta: 17 julio 2015].

¹¹⁹ Esta y otras referencias análogas pueden consultarse en UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York, 2012, p. 391. Disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/CISG-digest-2012-e.pdf>. [Fecha de consulta: 17 julio 2015].

¹²⁰ ATAMER, *op.cit.*, p. 1074.

¹²¹ En este sentido, FLAMBOURAS, *op.cit.*, p. 270.

debía tomar a su cargo ese riesgo, de nada le serviría emplear esta vía y respondería por incumplimiento.

2.2 El Derecho alemán tras la reforma de 2002: del § 306 BGB al nuevo § 311a BGB

Conforme al actual § 311a (1) BGB, el hecho de que un impedimento al cumplimiento del contrato existiese cuando el contrato se concluyó —y que el deudor no deba por tanto cumplir en forma específica— no impide que el contrato sea válido. En ese caso, el acreedor puede, a su elección, pedir una indemnización en lugar del cumplimiento en forma específica o solicitar el reembolso de sus gastos con el alcance que determina el § 284. Esta regla no se aplica si el deudor desconocía el impedimento existente en el momento de concluir el contrato y se estima que no debe tomar a su cargo esa falta de conocimiento.

Este artículo fue introducido en la reforma del BGB para la modernización del Derecho de obligaciones, en vigor desde 1 de enero de 2002¹²² y su regulación vino a sustituir la que se establecía por la redacción derogada de los §§ 306 y 307 BGB. Con respecto a la situación previa, el § 311a BGB implica, primero, que la imposibilidad objetiva inicial ya no determina la nulidad del contrato, ni se limita a dar lugar a una responsabilidad por el interés contractual negativo. En segundo lugar, supone también que la imposibilidad subjetiva ya no comporta una garantía absoluta de consecución del resultado, sino que se sujeta a la posibilidad de demostrar una causa de exculpación del deudor.¹²³

El § 306 establecía, en efecto, que el contrato cuyo objeto era imposible era nulo y la doctrina predominante interpretaba que esa imposibilidad hacía referencia únicamente a la imposibilidad objetiva, no a la subjetiva. La nulidad del contrato impedía a la parte afectada por la frustración de su interés reclamar a la otra responsabilidad por incumplimiento. El § 307 sólo le permitía, si demostraba que aquella había incurrido en dolo o culpa, pedir una indemnización correspondiente al interés contractual negativo, con el límite del interés de cumplimiento. En casos de imposibilidad originaria *subjetiva*, en cambio, como que el contrato era válido, el deudor que no podía cumplir por un impedimento existente en el momento de contratar no podía aducir esa imposibilidad inicial para liberarse.¹²⁴ La doctrina predominante y la jurisprudencia concluían que el deudor garantizaba su propia capacidad de cumplir lo prometido y que siempre respondía, al margen de su culpa al respecto, por el interés contractual positivo.

¹²² *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, 26. November 2001 (BGBl. I, 3133).

¹²³ UNBERATH, Hannes, *Die Vertragsverletzung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 353.

¹²⁴ MITZKAIT, Anika, *Leistungsstörung und Haftungsbefreiung: ein Vergleich der Grundregeln des europäischen Vertragsrechts mit dem reformierten deutschen Recht*, Mohr Siebeck: Tübingen, 2008, p. 102-3 (quien subraya que, en relación con la venta, el § 463 BGB obligaba a responder al vendedor por el interés de cumplimiento solo si había asegurado expresamente ciertas propiedades o había ocultado dolosamente los defectos que tenía la cosa).

Toda la doctrina, aunque a veces por razones no coincidentes, consideraba inadecuada la regulación del § 306 BGB. En 1992 la comisión de expertos sobre Derecho de obligaciones propuso reformarla¹²⁵ en el sentido de que el contrato celebrado sobre un objeto inicialmente imposible debía ser válido y eficaz y que la imposibilidad originaria *objetiva* debía pasar a tratarse como un incumplimiento y regularse conforme a las reglas generales. En cuanto a la imposibilidad originaria *subjetiva*, el fundamento de la responsabilidad del deudor se hallaba en la infracción de obligaciones precontractuales de información acerca de su propia capacidad de cumplir, en atención a lo cual, y dado que, de haberlo puesto de manifiesto, el contrato no se hubiera concluido o se hubieran convenido condiciones muy distintas, aquél debía responder por el interés contractual negativo. El importe de los daños, no obstante, no tenía como límite, en esta propuesta, el interés de cumplimiento o positivo, de modo que el daño podía ser superior e incluir íntegramente lo que habría podido ganar o ahorrar de haber contratado con un tercero.¹²⁶

En 2001, con ocasión de la reforma del Derecho de obligaciones, la propuesta de 1992 fue sensiblemente retocada. El paso más importante fue declarar que el deudor de cualquier prestación inicialmente imposible, tanto objetiva como subjetivamente, respondía del interés contractual positivo.

Esto no significaba, sin embargo, extender una especie de garantía del resultado para cualquier género de obligaciones, sino superar las objeciones que la doctrina más influyente había hecho a la configuración predominante del supuesto de imposibilidad inicial de la prestación.¹²⁷ Según Canaris, como antes de la conclusión del contrato no puede afirmarse que el deudor sea contractualmente responsable frente al acreedor, lo único que podría imputársele es que, en el momento de concluir el contrato, sabía o debía haber sabido que el objeto del contrato era imposible. Como consecuencia, sólo procedería condenarle a compensar el interés contractual negativo. Por lo tanto, para que el deudor respondiese por el interés contractual *positivo* no era suficiente con admitir la validez del contrato cuyo objeto fuese inicialmente imposible, sino que se precisaba una norma *ad hoc* que previese expresamente ese efecto, como hace ahora el § 311a I BGB.¹²⁸ La explicación dogmática de este régimen es que la pretensión al interés contractual positivo se basa en la falta de cumplimiento de la promesa contractual (*Leistungsversprechens*) cuya vigencia se ocupa de proclamar el § 311a I

¹²⁵ BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ (Hrsg.), *Abschlussbericht der Kommission zu Überarbeitung des Schuldrechts*, Bundesanzeiger: Köln, 1992, p. 145 ss.

¹²⁶ *Idem*, p. 146.

¹²⁷ Según Canaris, en los supuestos de imposibilidad inicial, tanto subjetiva como objetiva, el problema es el mismo: la infracción del deudor no puede referirse sino a un déficit de información que ha ocurrido en la etapa precontractual y que es atribuible al dolo o la culpa del contratante afectado por la imposibilidad; mas en ese momento, al no existir ningún contrato entre las partes no puede imputarse al futuro deudor infracción de deber contractual alguno. CANARIS, Claus-Wilhelm, «Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen», *Juristenzeitung* 2001, p. 507. Véase también UNBERATH, *op.cit.*, p. 356.

¹²⁸ MITZKAIT, *op.cit.*, p. 106.

BGB¹²⁹, y no en la falta de cumplimiento de la obligación de prestación (*Leistungspflicht*)¹³⁰, pues esa obligación ha dejado de existir por imposibilidad conforme al § 275.¹³¹ Explica Looschelders que el legislador presupone que la voluntad de las partes es que el deudor, con la emisión de su promesa de prestación, está ofreciendo al acreedor la garantía de que cualquier impedimento que él conozca o que, empleando la diligencia requerida en el tráfico, esté en condiciones de conocer, no se producirá.¹³²

Es dudoso si el acreedor, en caso de que pueda exigir el cumplimiento y el resarcimiento del interés contractual positivo, sigue poseyendo la opción de impugnar el contrato por error y exigir el interés contractual negativo. La mayoría de la doctrina estima que no y que el régimen del § 311a BGB es excluyente de cualquier pretensión que se base en los mismos presupuestos.¹³³ Por eso, el acreedor sólo podría ampararse en la responsabilidad por *culpa in contrahendo* hoy regulada en el § 311 II BGB, cuando pueda reprochar al deudor haber violado algún deber precontractual de información.¹³⁴

Tras la reforma de 2002, por lo tanto, el deudor que incumple a causa de un impedimento existente al celebrar el contrato responde frente al acreedor del interés contractual positivo.¹³⁵ Ahora bien: no responderá si no hubiera podido ni debido tener conocimiento de tal impedimento, a no ser que hubiera asumido el riesgo de esa ignorancia. La carga de la prueba de que no conocía ni debía conocer la imposibilidad inicial recae sobre el deudor (§ 280 I 2 BGB) y para analizar la posibilidad de imputarle o no ese desconocimiento son de aplicación las reglas generales de responsabilidad por culpa presunta que establecen los §§ 276 ss BGB.¹³⁶ Por otra parte, el último inciso del § 311a II BGB permite dar entrada a reglas específicas derivadas bien de la ley, bien de pactos de asunción de la garantía de que el resultado se conseguirá o que, en todo

¹²⁹ LOOSCHELDERS, Dirk, «Unmöglichkeit als Leistungsstörungskategorie», en Markus Artz, Beate Gsell, Stephan Lorenz (Hrsgs.), *Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung*, Mohr Siebeck: Tübingen, 2014, p. 229.

¹³⁰ Crítico con este enfoque, HARKE, *op.cit.*, p. 1569. Véase la ingente relación de aportaciones doctrinales en torno a la configuración dogmática del supuesto de indemnización en lugar de prestación en caso de imposibilidad inicial, en LOOSCHELDERS, *op.cit.*, p. 227.

¹³¹ U. HUBER, «Schadensersatz statt der Leistung», *AcP* 210 (2010) p. 329.

¹³² LOOSCHELDERS, *op.cit.*, p. 231. Unberath explica que la nueva regla no se basa en ninguna infracción del deudor, sino que refleja la voluntad supuesta de las partes contratantes, de manera que las condiciones relativas al conocimiento o al deber de conocer los impedimentos existentes al contratar no se refieren a la violación de ningún deber jurídico, sino que se corresponden con la voluntad implícita de los contratantes. Véase *op.cit.* p. 353-358.

¹³³ LOOSCHELDERS, *op.cit.*, p. 230 y allí más referencias. HARKE, *op.cit.*, p. 1570 (comentando lo extraño que resulta que una norma que es un privilegio para el acreedor resulte que, al excluir la aplicación del § 311 II y III BGB, éste pueda quedar peor que con la regulación anterior).

¹³⁴ MIZKAIT, *op.cit.*, p. 109.

¹³⁵ La indemnización del interés positivo no impide que, a su elección, el acreedor pueda pedir la indemnización de los gastos inútiles realizados en la confianza en la vigencia del contrato, pero que en la medida en que pueden superar el interés de cumplimiento vienen, por lo mismo, limitados a aquél como máximo.

¹³⁶ MIZKAIT, *op.cit.*, p. 105.

caso, se indemnizará al acreedor. Al margen, por tanto, de la imputabilidad del desconocimiento que tuviera el garante sobre la imposibilidad inicial de la obligación garantizada.¹³⁷ Se admite que esta garantía incondicionada no requiere forma expresa, sino que puede resultar del acuerdo tácito de los contratantes. Mas esa voluntad debe inferirse claramente de los pactos o cláusulas contractuales concretas¹³⁸ pues es obvio que no todas las promesas contractuales implican necesariamente que el deudor garantiza que podrá cumplir en cualquier eventualidad o que, en caso contrario, responderá por incumplimiento.

Si el deudor consigue probar que no conocía ni tenía que haber sabido que la prestación era originariamente imposible¹³⁹ queda liberado de cualquier obligación indemnizatoria para con la otra parte. Esta parte deberá renunciar tanto la indemnización de su interés de cumplimiento, como al resarcimiento a cargo del deudor liberado de los perjuicios derivados de haber confiado en la validez del contrato.¹⁴⁰ Cabe plantearse si el *deudor*, en lugar de acogerse a la posibilidad de exculpación *ex* § 311a BGB también puede optar por impugnar el contrato con base en el error sufrido sobre la imposibilidad inicial de cumplir. La doctrina predominante lo niega y esta parece ser la voluntad del legislador, como resulta de los antecedentes de la reforma.¹⁴¹

3. Recapitulación

El examen comparado de los textos europeos e internacionales, así como del régimen actual del BGB, permite constatar que, aun cuando todos estos textos coinciden en la premisa de eliminar la posibilidad inicial del objeto como requisito del contrato —y por tanto evitar la nulidad automática del negocio— de ahí no se ha derivado una única solución para la cuestión de qué régimen de responsabilidad aplicar a un contrato válido pero cuyo cumplimiento es *ab initio* imposible.

¹³⁷ ZIMMERMANN, Reinhard, «Los medios de tutela en caso de incumplimiento, considerados desde el trasfondo de los Principios de Derecho Contractual Europeo», en *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (traducción al castellano de Esther Arroyo i Amayuelas) Barcelona: Bosch, 2008, p. 71 Así se desprende de la explicación recogida en los antecedentes de la reforma (véase SCHMIDT-RÄNTSCH, MAIFELD, MEIER-GÖRING, RÖCKEN, *op.cit.*, p.287).

¹³⁸ LOOSCHELDERS, *op.cit.*, p. 231.

¹³⁹ Lo cual no es imposible, sino que ha sucedido en bastantes ocasiones, como prueban los casos citados en LÖWISCH, Manfred; FELDMANN, Cornelia, «Kommentar zum paragraph 311a», en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Buch 2 - Recht der Schuldverhältnisse 311, 311a, 312, 312a-i (Vertragsschluss), Sellier, de Gruyter: Berlin, 2013, núm. 48.

¹⁴⁰ Canaris ha sugerido que el deudor debe responder (objetivamente) del interés negativo, con base en la aplicación analógica del § 122 BGB sobre anulación por error. Ni la jurisprudencia ni la doctrina no han aceptado esta sugerencia, cf. Staudinger/LÖWISCH/FELDMANN (2013) núm. 53.

¹⁴¹ MIZKAIT, *op.cit.*, p. 109. Véase SCHMIDT-RÄNTSCH, MAIFELD, MEIER-GÖRING, RÖCKEN, *op.cit.*, p. 283.

El denominador común es que el centro de atención pasa a ser qué instrumentos jurídicos abordan el riesgo de la imposibilidad inicial de la prestación comprometida o, lo que en el fondo es lo mismo, cómo se administra el riesgo de error del deudor sobre la imposibilidad inicial que le conduce a la celebración de un contrato de imposible cumplimiento.

Por un lado, las partes —conscientes de la eventualidad de la imposibilidad inicial, por negociar en un entorno de incertidumbre o en un sector donde la necesidad de representarse ese riesgo ha determinado la aparición de usos concretos al respecto— pueden condicionar la eficacia de sus obligaciones a la (verificación de la) posibilidad de la prestación. En este supuesto, la posibilidad del objeto es elemento *sine qua non* de la vigencia del contrato, aunque la ley ya no lo exija como requisito de validez. La intención de las partes puede manifestarse expresamente, pero también puede resultar de la interpretación del contrato y de las circunstancias en que se otorgó.¹⁴² Por otro lado, con base en una garantía expresa o también a través de la indagación de cuál fue la intención de las partes o la ponderación de sus actos concluyentes, puede llegarse a la conclusión que alguna de ellas accedió a tomar a su cargo el riesgo de imposibilidad inicial de cumplimiento, sin entrar en valoraciones sobre la imputación subjetiva del mismo.

Ambas posibilidades están abiertas sea cuál sea el enfoque que, en defecto de determinación expresa o tácita por los interesados, haga la ley. En otras palabras: tanto si la imposibilidad inicial se valora en sede de incumplimiento como si se hace sólo a través de la anulación por error, o incluso si se admiten ambas posibilidades, es posible que ninguna de estas alternativas llegue a abrirse camino porque la previa determinación de los interesados ha privado al contrato de todo efecto o ha fijado inexorablemente quién deberá hacerse cargo de la imposibilidad inicial.

Cuando nada han dispuesto las partes y se actualiza el riesgo de imposibilidad inicial de la prestación comprometida, todos los textos examinados en esta sección proporcionan una respuesta, pero lo hacen a partir de enfoques técnicos muy distintos. Por un lado, el modelo propuesto en los PECL (y seguido por el DCFR) se basa en que la imposibilidad inicial de la prestación se sujeta —a diferencia del caso de imposibilidad sobrevenida— a un régimen de responsabilidad *absoluta* o de garantía incondicional del resultado prometido, ya que se impone al deudor el abono del interés contractual positivo sin permitirle aducir las causas de exoneración que le liberarían de la obligación de indemnizar si la imposibilidad hubiese sido sobrevenida.¹⁴³ Al deudor que quiere evitar esa responsabilidad sólo le resta intentar anular el contrato, para lo que en los PECL se prevé la posibilidad de invocar el error común sobre la imposibilidad

¹⁴² Staudinger/LÖWISCH/FELDMANN (2013) núm. 31. Así, por ejemplo, puede convenirse por las partes que el contrato esté condicionado en cuanto a su eficacia al levantamiento de la prohibición correspondiente.

¹⁴³ MIZKAIT, *op.cit.*, p. 173.

inicial, siempre que el *errans* demuestre no haber incurrido en culpa al respecto o que, de acuerdo con las circunstancias, ese riesgo no le fuera atribuible.¹⁴⁴ En claro contraste con esta opción, en Derecho alemán se ha unificado el tratamiento de la imposibilidad originaria y de la sobrevenida, extendiendo a todos los supuestos el principio de culpabilidad del deudor, que exige que toda responsabilidad contractual se base en la imputabilidad de una conducta cuanto menos negligente.¹⁴⁵ A diferencia de lo que sucedía antes de la reforma de 2002, la imposibilidad originaria subjetiva no da lugar hoy automáticamente a responsabilidad por falta de obtención del resultado prometido, sino que la condena del deudor está sujeta a la posibilidad de exculpación por las causas establecidas en el § 311a II BGB. Finalmente, el régimen de responsabilidad que se deriva de la interpretación predominante de la CISG y de los PICC está situado en un punto *intermedio* entre los PECL y el BGB. Como en el Derecho alemán actual, tanto la CISG como los PICC parten de la irrelevancia del momento en que surge el impedimento que provoca la falta de cumplimiento. Por lo tanto, tampoco es decisivo si se trata de una imposibilidad inicial o sobrevenida. Pero, a diferencia del Derecho alemán, la CISG y los PICC hacen responsable al deudor incumplidor sin condicionar esa responsabilidad a la prueba o a la existencia de una culpa por parte del deudor. Ello no se traduce, por otro lado, en una responsabilidad absoluta como la prevista en los PECL. En la CISG y en los PICC el deudor puede exculparse demostrando que la causa exclusiva de su incumplimiento fue un impedimento ajeno a su esfera de control y que le resultó imprevisible al momento de contratar o que en cualquier caso era inevitable. Por lo tanto, se trata de una responsabilidad objetiva o sin culpa, pero no absoluta, ya que permite aplicar ciertas causas de exoneración, que la interpretación predominante permite aplicar no sólo a los supuestos de imposibilidad sobrevenida sino también a los de imposibilidad inicial de la prestación.

Pese a lo contrastado de las opciones técnicas, puede decirse que todas estas reglas alcanzan resultados semejantes.¹⁴⁶ Además, en función de cómo se apliquen los requisitos de imputación subjetiva o las causas de exoneración presentes en las distintas reglas, puede llegarse a la conclusión de que todas se apoyan en los mismos elementos de valoración para permitir bien la desvinculación bien la exculpación del deudor de una prestación inicialmente imposible.¹⁴⁷ Aunque en teoría la regla alemana podría dar lugar a resultados muy diferentes a las de los PECL o los PICC, permitiendo más exculpaciones que estas últimas, es posible que los resultados al final sean comparables. El peso del factor *culpa* presente en el BGB puede atenuarse mediante el recurso a la interpretación del contrato o a la aplicación de usos o reglas especiales del

¹⁴⁴ En el grupo de casos que aquí se trata, la posibilidad de un error imputable al acreedor, aunque posible, será verdaderamente raro.

¹⁴⁵ MIZKAIT, *op.cit.*, p. 211.

¹⁴⁶ Según ZIMMERMANN, por ejemplo, el esquema del § 311a BGB, rechazando la aplicación analógica del § 122 BGB para imponer responsabilidad objetiva al *errans*, es el mismo que resulta de los PECL (p. 72).

¹⁴⁷ MIZKAIT, *op.cit.*, p. 215.

sector o del tipo de contrato de que se trate.¹⁴⁸ Pero también a través del incremento de la exigencia impuesta al deudor a la hora de levantar la carga de la prueba que impone la presunción de culpa *ex* § 280 I 2 BGB.¹⁴⁹ La doctrina y la jurisprudencia alemana han desarrollado numerosos expedientes de objetivación de la responsabilidad del deudor, situando en el centro del análisis la idea de *esfera de control del deudor*, que es un criterio para distribuir el riesgo de eventos imprevisibles o inevitables mediante la imputación al deudor de los que puedan situarse en ese ámbito, con independencia del esfuerzo o de los medios que aquél hubiera podido emplear para prevenir o evitar su materialización. Nótese que este tipo de análisis se aproxima al que, al considerar la posible aplicación de las causas de exculpación de los artículos 79 CISG o 7.1.7 PICC, deberán realizar el juez o el árbitro para determinar si la falta de cumplimiento puede atribuirse exclusivamente a un evento ajeno a la esfera de control del deudor y que éste no debió prever ni evitar sus consecuencias. Además, aunque el artículo 8:108 PECL excluye de su ámbito de aplicación los supuestos de imposibilidad inicial, en el enjuiciamiento de las circunstancias que permiten anular el contrato por error común también existe una clara analogía con los criterios que el precepto citado aplica en casos de exoneración de la responsabilidad por un incumplimiento vinculado a un impedimento sobrevenido. Así, la solución propuesta en los PECL con respecto al alquiler del yate que ya había naufragado se aproxima mucho, en cuanto al ejercicio de ponderación que implícitamente supone¹⁵⁰, a la que debería producirse si se opusiera alguna de las causas de exoneración *ex* artículo 8:108 PECL.¹⁵¹ Lo decisivo en ambos casos, y podría llegar a serlo también en la aplicación práctica de los §§ 280 I 2 y 311a II BGB, es la imputación al ámbito o esfera de control del deudor del riesgo de error sobre la posibilidad inicial del objeto. Por regla general, esto significa que el deudor debe hacerse cargo de aquellos eventos relacionados con ese ámbito de control, por la misma razón que el acreedor debe poder confiar en que el deudor conoce cualquier posible obstáculo al cumplimiento que se sitúe en esa esfera.¹⁵²

¹⁴⁸ Si el deudor ha asumido el riesgo de la inexistencia de un determinado impedimento o en general de su capacidad de cumplir, eso tiene como efecto que debe hacerse cargo del riesgo (arg. *ex* §§ 276 I I en conexión con 311 II 2 BGB). Cf. MIZKAIT, *op.cit.*, p. 213.

¹⁴⁹ En general para todos los supuestos de responsabilidad contractual, en este sentido, MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes; Johnston, Angus; *The German law of Contract. A comparative Treatise*, 2nd ed. Hart: Oxford, Portland, 2006, p. 389-90. Otros autores prefieren poner énfasis en las diferencias entre los fundamentos de responsabilidad, aunque reconocen que, en la práctica, lo decisivo será cómo aplique la jurisprudencia los requisitos de imputación subjetiva establecidos en los §§ 280 I 2 y 311a II BGB. En este sentido, RANIERI, *op.cit.*, p. 773 ss.

¹⁵⁰ Véase III § 1.2.

¹⁵¹ MIZKAIT, *op.cit.*, p. 168.

¹⁵² De ser así, concluye MIZKAIT, *op.cit.*, p. 216, que la mayoría de los supuestos de imposibilidad originaria subjetiva tendrán en Derecho alemán el mismo resultado que tenían con base en la responsabilidad por garantía del resultado. Esta fe no la comparten muchos críticos del modelo general introducido por el BGB en 2002, ni en particular de la regla del § 311a II BGB, en tanto que manifestación del principio de culpa. En este sentido, RANIERI, *op.cit.*, p. 780-786, con indicación de jurisprudencia en que aflora claramente la apuesta por el principio de culpa como base de la responsabilidad contractual, lo que separa el Derecho alemán de las tendencias predominantes en el ámbito comparado e internacional.

IV. LA IMPOSIBILIDAD ORIGINARIA EN LA PMCC

La Propuesta de Modernización del CC español presentada por la Comisión General de Codificación en 2009 ha asumido plenamente la idea de abandonar la regla *impossibilium nulla obligatio est*, postulando la validez del contrato cuyo objeto sea una prestación originariamente imposible [§ 1]. Por lo que se refiere al tratamiento de la responsabilidad del deudor, la Propuesta no distingue, en general, entre la imposibilidad originaria y la sobrevenida, y trata ambas en sede de incumplimiento, sujetando la posibilidad de exoneración del deudor a la condición de que la falta de cumplimiento de la prestación fuese debida a un impedimento ajeno a su voluntad y esfera de control, y que aquél no debiera haber previsto o evitado, o superado sus consecuencias [§ 2]. Respecto, en fin, a la posibilidad de anular el contrato con base en el error sobre la imposibilidad inicial de la prestación, no se descarta *a priori*, ni por parte del deudor ni por parte del acreedor, siempre y cuando no sea imputable a ninguna de las partes. Con todo, la aplicación de los remedios propios del incumplimiento y de la posibilidad de exoneración del deudor hacen pensar en el carácter residual de semejante posibilidad [§ 3].

1. La mera imposibilidad originaria no anula automáticamente el contrato

Según el artículo 1303 PMCC,

«No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo»

Se asume casi al pie de la letra, por tanto, el criterio de los textos europeos e internacionales de referencia según el cual la imposibilidad originaria de la prestación no comporta, por sí sola y automáticamente, la nulidad del contrato. Para que quede bien claro, la norma está ubicada dentro del capítulo dedicado a la nulidad y la anulación de los contratos, y se complementa con la significativa ausencia de la falta de objeto como supuesto de nulidad de pleno derecho de un contrato.¹⁵³ Mediante estos cambios, la PMCC pretende superar la regulación que se deduce de los vigentes artículos 1272 y 1261 2º CC. El cambio de paradigma se refleja asimismo en la regulación del contrato de compraventa, donde se propone modificar la norma sobre pérdida de la cosa vendida antes de la celebración del contrato (cf. art. 1460 I PMCC).¹⁵⁴

¹⁵³ Cf. art. 1296 PMCC.

¹⁵⁴ Según la versión digital reproducida en el BIMJ núm. LXIII, de enero de 2009. En la publicada en papel por la secretaria general técnica del Ministerio de Justicia, el mismo texto aparece como contenido de los nuevos arts. 1450 y 1460 CC.

Como ha dicho Nieves Fenoy, media entre la PMCC y el CC «un giro radical en el tratamiento jurídico de la imposibilidad originaria».¹⁵⁵ La Exposición de Motivos recogida en el libro publicado por el Ministerio de Justicia¹⁵⁶ explica que la decisión de reconsiderar el tratamiento de la imposibilidad originaria de la prestación del vendedor en la compraventa obedece a las siguientes razones:

«El hecho de que al tiempo de celebrarse el contrato de compraventa se haya perdido la totalidad de la cosa objeto de la misma no excluye necesariamente la existencia del contrato, ya que su objeto no es tanto el real cuanto aquello sobre lo que han convenido las partes. La imposibilidad inicial no excluye que exista incumplimiento, con aplicación de los consiguientes remedios, salvo la pretensión de cumplimiento. El vendedor debe responder del incumplimiento de ese contrato, si ha hecho confiar al comprador en la existencia de la cosa».

Este texto es clarificador en la medida en que apunta que la justificación del cambio radica en la superación del concepto *material* de objeto contractual, que se sustituye por un concepto de objeto *ideal*, en el que se remite en su contenido o alcance a lo convenido o prometido por las partes y no a cierta realidad tangible, presente o futura, a la que la promesa contractual deba hacer referencia. Por otro lado, se deja anotado que, como consecuencia de este enfoque, el régimen del contrato de compraventa en que la cosa vendida se ha perdido o no puede llegar a existir debe ser el del incumplimiento y no la invalidez por imposibilidad inicial. Al contrario, se presupone que el contrato es válido y eficaz. El mismo texto, ahora con referencia genérica a la imposibilidad inicial de la prestación, aclara que «la imposibilidad inicial de la prestación no hace nulo por sí sola el contrato, con independencia de que puedan existir otros motivos de anulación».¹⁵⁷

Hasta hoy, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha caracterizado por una aproximación pragmática a los problemas de la imposibilidad originaria del objeto contractual. Oscila entre pronunciamientos categóricos donde se afirma la nulidad del contrato por falta de objeto y soluciones mucho más matizadas y adecuadas a los intereses en presencia. En todo caso, como advirtiera la profesora Valpuesta, la concreción de la aplicación del artículo 1272 CC no es fácil. Primero, porque existe una gran similitud entre todos los requisitos que se deben reunir en la celebración del contrato. En segundo lugar, porque el contrato tiene distintas fases que a menudo resulta difícil discernir entre sí. Ello ocurre con la imposibilidad del objeto que provoca

¹⁵⁵ FENOY PICÓN, Nieves, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión general de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC* 68 (2011) p. 108.

¹⁵⁶ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid: Secretaria General Técnica, Ministerio de Justicia, 2009, § XV, p. 29.

¹⁵⁷ *Idem*, § VI, p. 21.

la nulidad del contrato y su similitud con la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida (artículos 1182 y ss CC), hasta el punto de que la jurisprudencia que se cita para el art. 1272 y ss CC está referida generalmente a esta última.¹⁵⁸

Efectivamente: en relación con la imposibilidad originaria, la jurisprudencia ha mantenido, cuando ha tenido ocasión, la nulidad del contrato. Por ejemplo, para evitar el efecto novatorio del contrato nulo sobre un contrato anterior, por cuyo incumplimiento se reclamaba.¹⁵⁹ O ha admitido *obiter* que si una finca comprada no reunía los requisitos mínimos conforme a la normativa urbanística y esta circunstancia debió ser conocida por una parte y podía ser ignorada, excusablemente, por la otra, ésta última podría solicitar la nulidad del contrato por imposibilidad jurídica del objeto.¹⁶⁰ Pero en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo ha obviado la aplicación automática de la nulidad absoluta o radical del contrato por imposibilidad física o jurídica originaria de su objeto, si tal circunstancia fue o debió ser conocida o prevista por la parte cuya prestación es la que no resulta posible y ello redundaría en interés de la otra parte, según las circunstancias del caso. Por lo general, además, se trata de casos en que la distinción habitual entre imposibilidad originaria *subjetiva* y *objetiva* es difícil de trazar.

Es muy ilustrativa de este enfoque la sentencia de 25 de mayo de 1980¹⁶¹. En ese caso, las partes habían suscrito un contrato, denominado de compraventa, en virtud del cual el astillero demandado debía entregar una embarcación del modelo «Drag one Toner» en el plazo convenido en el contrato. Habiendo recibido parte del precio, el demandado no entregó el barco y contestó la demanda aduciendo que la prestación comprometida le resultaba físicamente imposible y que, por tanto, debía aplicarse el artículo 1184 CC. Ninguna de las instancias le dio la razón. En casación, el Tribunal Supremo declaró que el contrato comprometía al astillero a entregar el barco, con independencia de que para poder entregarlo tuviera que construirlo. Si la imposibilidad de construirlo existía en el momento de la firma del contrato ello evidenciaba una clara mala fe de la parte demandada, que incurría por ello en responsabilidad contractual. Aplicó entonces lo prevenido en el contrato, especialmente la cláusula penal que imponía intereses moratorios hasta que se llevase a cabo el cumplimiento o se constatase el incumplimiento definitivo. Aunque el Tribunal Supremo dice expresamente que no aplica el artículo 1184 CC porque éste (sólo) contempla «el supuesto de que la prestación devenga imposible con posterioridad», el razonamiento central de la sentencia es que la imposibilidad originaria era imputable al demandado y que ello justificaba aplicar el contrato en sus propios términos, condenando a abonar lo

¹⁵⁸ VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, «Comentario del art. 1261», en Ana Cañizares [et al] (dirs), *Código Civil comentado*, vol. III (arts. 1088 a 1444), Civitas Thomson Reuters: Madrid, 2011, p. 667. Así, por ejemplo, STS 21.1.1958 (RJ 1958, 220).

¹⁵⁹ STS 6.5.1964 (RJ 1964, 2274).

¹⁶⁰ STS 26.7.2000 (RJ 2000, 9177) [en este caso se había declarado la nulidad radical por infracción de normas urbanísticas, ex art. 6.3 CC].

¹⁶¹ RJ 1980, 3076.

pactado como cláusula penal para el supuesto de mora, así como la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento.¹⁶²

Con cierta frecuencia se plantean supuestos en los que la obligación a término no se puede cumplir conforme a lo pactado: en ocasiones, el plazo es insuficiente originariamente y la realización del objeto del contrato, por tanto, imposible *ab initio*. En un supuesto así, la sentencia de 3 de octubre de 1959¹⁶³ no admitió la nulidad del contrato sino que concluyó que el contrato era válido, pues los demandados debieron haber sabido si podrían cumplir en un plazo que se supone establecido «por personas técnicas en leyes unas y en materia financiera otras, *conocedoras de la labor a desarrollar para conseguirlo y de la obligación que adquirirían al suscribir la escritura,...* dada la experiencia de ellas».¹⁶⁴ Más recientemente, la sentencia de 30 de abril de 2002¹⁶⁵ confirmó la validez de un contrato de cesión de solar por obra futura aunque tal y como se pactó era de imposible cumplimiento. Eso no fue obstáculo para condenar a la promotora a modificar el proyecto de edificación y a abonar cierta cantidad hasta que cumpliera, o bien se constataste el incumplimiento definitivo. Esta posición contrasta con la tomada por la sentencia de 4 de noviembre de 1999¹⁶⁶, en la que, invocando los artículos 1272 y 1184 CC, se liberó de toda responsabilidad a una empresa de exhibición de películas, que había contratado con la distribuidora programar un cierto número de películas durante un determinado período. En el proceso judicial se acreditó que «el número de semanas en las que debían exhibirse las películas excedía del tiempo real disponible», por lo que el Tribunal Supremo consideró aplicable al caso el artículo 1184 CC y declaró que «no se puede pretender un imposible» ni por tanto imponer una indemnización por no haber exhibido las películas contratadas si su proyección, en el tiempo convenido, era imposible.

Por otro lado, el Tribunal Supremo ha abandonado definitivamente la aplicación de la regla de nulidad por imposibilidad originaria del objeto en aquellos casos en que el disponente carece del título que pretende transmitir, como en el caso arquetípico de la venta de cosa ajena. Si la sentencia de 5 de junio de 1978¹⁶⁷ pudo invocar el artículo

¹⁶² En el mismo sentido, la STS 7.10.1978 (RJ 1978, 3006) afirmó, frente a la alegación del art. 1184 CC por quien no pudo entregar el apartamento vendido porque antes de venderlo ya había sido adquirido por un tercero en un procedimiento judicial, que la ignorancia de la imposibilidad (originaria) de entregar la cosa vendida le era imputable («ignorancia fácilmente vencible... al tratarse de hipotecas, válidamente constituidas») y que debía responder por incumplimiento contractual.

¹⁶³ RJ 1959, 3656.

¹⁶⁴ Énfasis añadido. Véase también STS 29.10.1970 (RJ 1970, 4471).

¹⁶⁵ RJ 2002, 1875.

¹⁶⁶ RJ 1999, 8001.

¹⁶⁷ RJ 1978, 2219. En este caso, la parte demandante celebró con el demandado un contrato de compraventa por el que compraba al demandado una serie de elementos, muebles, enseres, material de bodega y oficina, marcas industriales, vehículos y muy especialmente los derechos de importación y embotellado de «vino de Rioja» y «vino no Rioja». Al parecer, tales derechos de importación eran intransmisibles y estaban vinculados a una persona determinada —el vendedor— y para explotarlos en un local determinado —el almacén del vendedor, que éste no había incluido en la operación. La entidad

1272 CC y señalar que, cuando el objeto del contrato no puede transmitirse, se trata de un supuesto de falta de objeto contractual en virtud del aforismo *nemo dat quod non habet*¹⁶⁸, en general los tribunales han venido admitiendo el remedio que mejor protege los intereses de la parte defraudada en sus intereses, según las circunstancias del caso y según la vía que aquella hubiese seguido en el proceso. Así, suscitado el conflicto entre un adquirente poseedor de un inmueble que compró en documento privado y el comprador posterior que inscribió primero su título en el Registro, la segunda venta se configuraba como de cosa ajena y se anulaba por carecer de objeto para desactivar la pretensión del titular inscrito y conseguir la nulidad de la inscripción registral.¹⁶⁹ En cambio, cuando de lo que se trata es de proteger a los compradores frustrados por la ajenidad de la cosa vendida, el remedio de la nulidad absoluta del contrato no es el más empleado y sí el reconocimiento, en mayor o menor medida, según las circunstancias —hubo entrega o no, la amenaza de evicción es real o no—, de la responsabilidad contractual del vendedor¹⁷⁰ o de la posibilidad de anular el contrato con base en dolo o error (común o unilateral), conforme a las reglas generales de vicios del consentimiento.¹⁷¹ Y a la inversa, si la ajenidad total o parcial del bien era conocida de la parte compradora, ni la nulidad por razón de falta de objeto, ni la basada en la existencia de vicio del consentimiento, podría oponerse contra la validez y eficacia del contrato sobre cosa en todo o en parte ajena.¹⁷² La doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión está hoy claramente decantada en esta dirección. La sentencia de 7 de febrero de 2001¹⁷³ señaló, en el caso de una operación comercial que consistía en la transmisión de dos paquetes de acciones de la sociedad promotora de unos apartamentos turísticos que en el momento de concertarse la operación ya no le pertenecían, que «hoy se reconoce pacíficamente por la doctrina científica y la jurisprudencia la validez de la venta de cosa ajena en virtud de la naturaleza consensual u obligacional del contrato de compraventa según aparece regulado en nuestro Código Civil». Por lo demás, la sentencia advirtió que «la venta de cosa no propia del vendedor no hace objetivamente imposible o nula la obligación, que sería sustituible por el interés equivalente del comprador como efecto típico de cualquier incumplimiento», sin perjuicio del derecho del comprador de optar por la resolución fundada en el incumplimiento del vendedor o por la anulación del negocio fundada en error o dolo,

compradora interpuso demanda solicitando la nulidad del contrato y la restitución de la parte del precio que ya había pagado. Desestimada en primera instancia, la Audiencia Provincial estimó la apelación y declaró la nulidad absoluta del mencionado contrato, por imposibilidad jurídica originaria de su objeto. El Tribunal Supremo confirmó que la intransmisibilidad de los derechos objeto de la venta comportaba la nulidad absoluta del contrato. La imposibilidad se presenta como originaria y desconocida por las partes.

¹⁶⁸ Véase también STS 9.5.1980 (RJ 1980, 1790), que sostuvo que el «objeto [está] integrado no sólo por la cosa en sentido físico, sino también, por los derechos que radicando sobre la misma son materia de la transmisión que se pretenda operar».

¹⁶⁹ En este sentido, véase STS 16.5.2006 [RJ 2006, 5940]; pero véase, en cambio, partiendo de la validez de la venta de cosa ajena, la STS 11.10.2006 (RJ 2006, 6693).

¹⁷⁰ Entre muchas otras STS 21.5.1992 (RJ 1992, 4269), 1.3.1993 [RJ 1993, 2030] y 25.6.1993 [RJ 1993, 5384]).

¹⁷¹ STS 7.6.1996 (RJ 1996, 4827).

¹⁷² STS 7.3.1997 (RJ 1997, 1643).

¹⁷³ RJ 2001, 1162.

cuando ello es posible. Desde la sentencia de 5 de marzo de 2007¹⁷⁴ se declara, en fin, que como que la venta de cosa ajena no es nula ni por falta de objeto ni por falta de poder de disposición, puede operar una adquisición *a non domino* a favor de quien adquiere directamente de quien no es ya su propietario.¹⁷⁵

Más dudas suscita el caso de disposición de cosa común por uno solo de los condueños. La jurisprudencia ha seguido insistiendo en estos casos en calificar como nulas las ventas de cosa común por uno sólo de los condóminos, los actos de disposición del cónyuge supérstite de bienes gananciales sin consentimiento de los herederos del cónyuge fallecido o, en general, los contratos celebrados por uno o varios de los coherederos sin el consentimiento del resto.¹⁷⁶ Pero aquí la doctrina considera que la solución correcta no es la nulidad, y se invoca la aplicación analógica del criterio legal establecido por el art. 597 CC, que permite concluir que el contrato es válido y eficaz para quienes lo otorgaron —y no nulo por falta de poder de disposición— aunque sea ineficaz para los terceros, en tanto no lo consientan.¹⁷⁷

Más allá de este marco jurisprudencial —hasta cierto punto creo que propicio a la superación de la regla tradicional— no se puede decir que los importantes cambios que propone la PMCC respondan a una crítica doctrinal de las reglas todavía vigentes. Más bien al contrario, a diferencia de otros países, en España no se ha producido un cuestionamiento generalizado de las normas sobre el objeto contractual o, más concretamente, de la regla *impossibilium nulla obligatio est*. En general, con las importantes excepciones que enseguida mencionaré, la doctrina ha tendido a reproducir acríticamente los principios que se derivan de los artículos 1272 y 1460 CC. Comúnmente se coincide en enseñar que «si la cosa ya no existe —por ejemplo, porque se ha destruido—, falta el objeto del contrato, por lo que éste es nulo».¹⁷⁸ Y ello con independencia de que la inexistencia del objeto sea o no conocida por ambas partes, y de que alguna de ellas pueda exigir a la otra la correspondiente indemnización por culpa *in contrahendo*. «El contrato es nulo por falta de objeto tanto si las dos partes ignoran que el objeto no existe, como si una parte ignora la inexistencia del objeto, que sí es en cambio conocida por la otra parte». La diferencia es que «si esta última actúa

¹⁷⁴ Seguida en este punto por las SSTs 20.3.2007, 7.9.2007, 5.5.2008 (RJ 2008, 5502) y 20.7.2010 (RJ 2010, 6561).

¹⁷⁵ QUICIOS MOLINA, Susana, «La ineficacia contractual», en: Rodrigo Bercovitz (dir.), *Tratado de contratos*, Valencia: Tirant lo blanch, 2009, p. 1242; véase también BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Libro II. Capítulo 7. Causas de invalidez del contrato», en: Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila, M^a Paz Sánchez González (coords.), *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Barcelona: Atelier, 2012, p. 464. Al ser título válido a los efectos del art. 1953 CC, el comprador también puede llegar a adquirir por usucapión (MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, «La compraventa», en Bercovitz (dir.), *Tratado de contratos*, Valencia: Tirant lo blanch, 2009, p. 1766).

¹⁷⁶ Véase QUICIOS MOLINA, *op.cit.*, p. 1243 y allí más referencias.

¹⁷⁷ QUICIOS MOLINA, *op.cit.*, p. 1243. En favor de la validez del contrato celebrado sobre una cuota ideal mayor que la que correspondía al enajenante, véase STS 26.2.2008 (RJ 2008, 2819).

¹⁷⁸ MARÍN LÓPEZ, *op.cit.*, p. 591.

con mala fe¹⁷⁹ estará obligada a resarcir los daños causados». ¹⁸⁰ Por otro lado, también se dice que aunque quepa invocar el error como causa de anulación del contrato, «la falta de objeto que en todo caso se produce obliga a aplicar el régimen más intenso de la nulidad absoluta». ¹⁸¹

Parece oportuno reseñar, con todo, la gran influencia de los profesores Díez-Picazo, Pantaleón y Morales Moreno en la nueva formulación contenida en la PMCC. El primero, en línea con un sector muy significativo de la doctrina italiana, ya puso de relieve hace mucho tiempo que la función normativa del objeto contractual, en el CC, es muy reducida, limitándose a cumplir el papel de una rúbrica bajo la cual se colocan los problemas de imposibilidad y de determinación. ¹⁸² Díez-Picazo también llamó certeramente la atención sobre la concepción del contrato predominante en los ordenamientos continentales, en los que se considera como un instrumento de creación de deberes para las partes y que explicaría por qué no pueden crearse deberes de hacer algo imposible. ¹⁸³ En cambio, cuando lo que el contrato exige a cada contratante es garantizar algo o hacerse responsable de algo, tal obstáculo conceptual se diluye y se amplían las posibilidades de la autonomía contractual. En la misma línea, Morales Moreno destacó que los textos internacionales —y sobre todo la CISG, pero también la Directiva sobre ventas de consumo— proponen un modo muy distinto de entender el objeto: no es la cosa tal cual es, sino *como debe ser*, es decir con todas las cualidades que conforme al contrato debe tener. ¹⁸⁴ Esta concepción allana el camino a un nuevo modelo de responsabilidad contractual en que es incumplimiento cualquier desviación del deber ser del contrato en el desenvolvimiento o ejecución del mismo. Incluidos los casos de imposibilidad inicial, «porque el incumplimiento no se predica de la conducta debida del deudor [...] sino del contrato». ¹⁸⁵ Por último, Pantaleón formuló de modo muy convincente las limitaciones intrínsecas de la regla *impossibilium nulla*

¹⁷⁹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, *op.cit.*, p. 669 asume que si una de las partes ha actuado con conocimiento de esa realidad, sea responsable por tal comportamiento, incluso si ha incurrido en un error inexcusable.

¹⁸⁰ MARÍN LÓPEZ, *op.cit.*, p. 591 nota 313. MORALES MORENO, *op.cit.*, p. 1772 cifra esta responsabilidad en el interés contractual negativo, es decir los gastos que el comprador hubiera hecho para contratar o la pérdida de otras oportunidades de satisfacer su interés por confiar en la celebración del contrato.

¹⁸¹ QUICIOS MOLINA, *op.cit.*, p. 1224. Según esta autora, la jurisprudencia española señala que se da «inexistencia» del contrato cuando falta algún elemento esencial de los señalados en el art. 1261 CC (p. 1217-8), pero se trata de la nulidad absoluta o radical (frente a la nulidad a secas de los contratos existentes pero contrarios a normas imperativas que prediquen esta consecuencia) y no cabe extraer ninguna consecuencia práctica de aquella clasificación como inexistente, distinta de la que se deriva de calificar el contrato como nulo.

¹⁸² DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, vol. I, *op.cit.*, p. 234.

¹⁸³ *Idem*, p. 243.

¹⁸⁴ MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa», en Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona (Coord.), *El Dret civil català en el context europeu* (Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa), Girona: Documenta Universitaria, 2003, p. 116.

¹⁸⁵ MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor: Aranzadi Thompson Civitas, 2006, p. 30.

obligatio est. Siguiendo lo que había venido repitiendo la mayoría de la doctrina alemana con respecto al antiguo § 306 BGB, este autor defendió la necesidad de desprenderse de la regla de la nulidad por imposibilidad inicial, y someter ésta y la sobrevenida a reglas sino idénticas sí muy semejantes en orden a la determinación de los remedios o instrumentos para la satisfacción del interés del acreedor.¹⁸⁶

2. Responsabilidad contractual e imposibilidad inicial de la prestación

Una vez examinado el importante paso dado en la PMCC de no presuponer que, en los supuestos de imposibilidad inicial u originaria, el contrato es nulo, surge de inmediato la cuestión de qué responsabilidad incumbe al deudor en ese caso. Como ya señalé, la Exposición de Motivos encamina la respuesta a esta pregunta a la sede del incumplimiento¹⁸⁷, en su nueva configuración unitaria y a la que se vinculan los distintos remedios para la satisfacción del interés del acreedor frustrado.

Conforme al artículo 1188 I PMCC hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten. En ese caso, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la obligación, reducir el precio o resolver el contrato y, en cualquiera de estos supuestos, podrá además exigir la indemnización de los daños y perjuicios producidos (artículo 1190 PMCC). Respecto a la pretensión de cumplimiento, el artículo 1192 II 1º PMCC aclara que, en obligaciones distintas de las de pagar dinero, el acreedor no podrá exigir el cumplimiento si la prestación debida es «jurídica o físicamente imposible».¹⁸⁸ La resolución, además, sólo podrá instarse cuando se trate de un incumplimiento que, atendida la finalidad del contrato, haya de considerarse como esencial (artículo 1199 I PMCC).

El artículo 1205 PMCC reitera que el acreedor tiene derecho a ser resarcido de los daños y perjuicios que el incumplimiento le cause y que este derecho es compatible con las demás acciones que la ley le reconoce. Los daños de los que responde el deudor son los que sean objetivamente imputables al incumplimiento, si bien tratándose de deudor no doloso sólo responde de los que se hubiesen previsto o podido razonablemente prever como consecuencia probable de la falta de cumplimiento en el momento de la celebración del contrato (artículo. 1208 PMCC).

El importante artículo 1209 I PMCC establece las circunstancias que eximen al deudor de responsabilidad por incumplimiento:

«1º Que el incumplimiento haya obedecido a un impedimento ajeno a su voluntad y extraño a su esfera de control.

¹⁸⁶ PANTALEÓN PRIETO, «Las nuevas bases», *op.cit.* p. 1721.

¹⁸⁷ § 15 Exposición de Motivos PMCC (p. 29 del texto publicado por el Ministerio de Justicia).

¹⁸⁸ Tampoco si el cumplimiento resulta excesivamente oneroso o pretenderlo es contrario a la buena fe o se refiere a una prestación personal del deudor. Cf. art. 1192 II 2º, 3º y 4º PMCC.

2º Que de acuerdo con el contrato y con las reglas de la buena fe y los usos no le correspondiera el deber de prever el mencionado impedimento o de evitarlo o de superar sus consecuencias.»

Nótese que el texto se corresponde literalmente con el artículo 79 CISG, que como se vio se basa en la superación de la distinción entre imposibilidad inicial y sobrevenida, sujetando ambos supuestos al mismo régimen.

Junto a estas nuevas reglas generales sobre responsabilidad contractual, la PMCC también incluye una nueva regulación para la compraventa. A tenor del nuevo artículo 1445 PMCC, el vendedor «se obliga a entregar una cosa que sea conforme con el contrato y esté libre de derechos de terceros que no hayan sido contemplados en él». Como ya apunté, la PMCC sustituye el primer párrafo del artículo 1460 CC sobre pérdida de la cosa vendida con anterioridad a la celebración del contrato. Para este supuesto, se propone la siguiente disposición legal:

«La imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos.»

Lo que llama más la atención de la Propuesta en este último artículo es, en primer lugar, el hecho mismo de haber mantenido una regla *ad hoc* para el supuesto de imposibilidad inicial u originaria de la prestación del vendedor. Por consiguiente, en principio y por razón de especialidad, la imposibilidad de entregar la cosa vendida «por causa anterior a la celebración del contrato» estaría sometida a un régimen distinto a la imposibilidad de cumplir el contrato derivada de causas posteriores a ese momento. Por otro lado, la existencia de una regla específica o especial parece necesaria porque la norma propuesta incluye, en efecto, un requisito que no se exige en los mismos términos ni cuando se examina la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad de la cosa entregada o por la existencia de derechos de terceros sobre la cosa que no hayan sido contemplados en el contrato, ni sobre todo cuando la imposibilidad de entregar la cosa se produce por causa posterior a la celebración del contrato. En este último supuesto, la PMCC incluye un cambio fundamental en el tratamiento de la cuestión de los riesgos en la compraventa y vincula el traspaso del riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa vendida a que el vendedor «haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa» (artículo 1452 I *in fine* CC). Si después de celebrado el contrato la cosa se pierde y el vendedor se encuentra en la imposibilidad de entregarla, el vendedor ha incumplido y ese incumplimiento y la posibilidad de ejercitar los derechos derivados del mismo no depende de que el comprador «hubiera confiado razonablemente en su posibilidad». Tampoco aparece este requisito en relación con la responsabilidad del vendedor por la aparición de derechos de terceros no contemplados en el contrato, lo que cabalmente sugiere que, en este caso concreto, la PMCC adopta justamente el criterio inverso: lo

que no se advierte expresamente en el contrato se considera incluido dentro de la garantía que debe prestar el vendedor.

¿Cómo se explica esta diversidad de regímenes? ¿A qué obedece el requisito de la *confianza razonable en la posibilidad inicial de entregar la cosa*¹⁸⁹ y qué significado tiene?

El apartado de la Exposición de Motivos referido a esta cuestión —anteriormente citado— dice que «el vendedor debe responder del incumplimiento de ese contrato, *si ha hecho confiar al comprador en la existencia de la cosa*».¹⁹⁰ De manera que, con respecto a la existencia de la cosa antes de contratar, la confianza del comprador es producto de la conducta del vendedor y no deriva directamente del contrato celebrado ni de su contenido típico. En esta misma línea, Nieves Fenoy ha precisado que «no siempre que el vendedor no puede materialmente entregar la cosa por causa de la imposibilidad inicial va a responder bajo las reglas del incumplimiento». Según esta autora, el precepto requiere para que eso suceda que a la regla contractual se incorpore «que el vendedor entregará efectiva y materialmente la cosa al comprador», lo cual —sigue diciendo— genera la confianza en el comprador de que así será:

«Tal confianza se genera, unas veces, por las declaraciones de voluntad expresas o por el comportamiento concluyente del vendedor. [...] En otros casos, la vinculación del vendedor se produce porque conoce de la pérdida de la cosa en el momento de la celebración del contrato y no informa de ello al comprador; la vinculación surge del dolo. Su silencio conlleva, según la buena fe (art. 1243 PC) la asunción de la no entrega».¹⁹¹

La justificación de esta regulación residiría en la idea según la cual, aunque la imposibilidad inicial no comporta la nulidad de la compraventa, para reconducir al incumplimiento el caso en que el vendedor no puede entregar la cosa por haberse perdido de manera total y definitiva antes de la perfección del contrato, es preciso que «en el contrato se incorporen y garanticen estados de la realidad».¹⁹² Tal incorporación tendría lugar mediante actos expresos o concluyentes del vendedor dirigidos a garantizar que la cosa existía y que era posible entregarla, aplicándose los remedios del incumplimiento porque se había generado una confianza en el comprador. El punto

¹⁸⁹ En algún momento, da la impresión de que podría entenderse que la confianza del comprador se refiere no a la posibilidad de la entrega sino de ejercer los remedios del incumplimiento en ese caso (FENOY PICÓN, *op.cit.*, p. 118), mas esta interpretación no se ajusta a la realidad de que el problema es la confianza en que el bien comprado existía e iba a ser entregado, que sería posible la entrega, pero que la cosa se perdió definitivamente antes de la celebración del contrato (así se describe correctamente el supuesto por la misma autora en p. 108).

¹⁹⁰ Énfasis añadido.

¹⁹¹ FENOY PICÓN, *op.cit.*, p. 118-119.

¹⁹² FENOY PICÓN, *op.cit.*, p. 108.

crucial sería entonces cuándo debe entenderse creada esa confianza. Los términos de la Exposición de Motivos, así como la explicación de Fenoy, dan a entender que se trata de un *plus* y no del curso ordinario de la celebración de cualquier compraventa. No parecería lógico añadir un requisito expresamente si se partiera de la base de que todo comprador, por el mero hecho de serlo, puede «confiar razonablemente» en que la entrega material de la cosa era posible en el momento en que celebró el contrato. Antes bien, para que se cumpla el requisito indicado, el contrato debía *incorporar y garantizar* ese estado de la realidad que consiste en la existencia de la cosa.

En mi opinión, algo falla en este esquema, y supone una vuelta atrás en relación con la superación de la regla *impossibilium nulla obligatio est*. Parece sugerirse que la obligación de entrega, para resultar válida y eficaz, requiere inexorablemente el refuerzo de una promesa específicamente dirigida al efecto de garantía, sin que baste ni resulte suficiente haber convenido un contrato que, por definición, presupone la entrega de una cosa. Siendo originariamente imposible el deber típico comprometido si la cosa no existía, sólo cuando media una garantía expresa o tácita podrá resarcirse el interés de cumplimiento del comprador. Así las cosas, repárese en que no se aclara qué régimen se aplicará si esa garantía contractual adicional no se ha prestado: ¿acaso la compraventa de una cosa inexistente continuará siendo nula, ahora como excepción a la nueva regla del art. 1303 PMCC? Yo creo que no es así. Lo que sucede es que el resultado ahora es peor: de los términos del nuevo artículo 1460 I CC se deduce que, a falta de ese requisito de la confianza razonable del comprador, suscitada por el vendedor, no hay incumplimiento cuando el vendedor no entrega la cosa vendida por causa anterior a la celebración del contrato. Si no hay incumplimiento, el vendedor se libera de sus obligaciones y, en cambio, el comprador debe cumplir las suyas, lo que resulta cuanto menos chocante. Parece que el único remedio del comprador será acudir a la anulación del contrato por error, pero —dada la ausencia de posibilidades en relación con el que pudiera imputarse a la otra parte— sólo sería pensable la anulación por error común (art. 1298.1 3º PMCC). *Ad absurdum*, dado que a falta de previsión expresa o actos concluyente se entiende que el comprador no podía confiar razonablemente en la posibilidad de entrega de la cosa, debería concluirse que, para éste, toda compraventa es aleatoria.

¿Qué es lo que no encaja en la nueva regla del art. 1460 I CC así interpretada? Creo que no encaja para los casos, harto frecuentes, en que ni de lo dicho por las partes ni de su conducta concluyente resulta regla contractual alguna que permita decidir qué hacer en el supuesto de imposibilidad inicial previa a la celebración del contrato. No me parece sensato trasladar el riesgo de la imposibilidad inicial al comprador. Para mí está claro que sobre quien recae el deber de prever y evitar los impedimentos a la entrega que se sitúan en el período previo a la celebración de la venta es sobre el vendedor y que el comprador, por el mero hecho de celebrar el contrato, puede esperar que la cosa comprada se le entregará, que será conforme al contrato y que estará libre de derechos de terceros. Como en cualquier hipótesis de incumplimiento, según las reglas generales que introduce la propia PMCC, el acreedor —en este caso el comprador— en

caso de imposibilidad física o jurídica de la prestación, sea inicial o sobrevenida, debe tener derecho a la resolución y, además, de ser imputable el incumplimiento al deudor, a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento, sin que para ello deba presentar la prueba o concluirse de otro modo que se le garantizó específicamente ese resultado. No veo razón para apartarse de estos criterios generales, por lo demás contruidos a partir de la evolución del concepto de incumplimiento y de la responsabilidad contractual que se refleja en los textos europeos e internacionales de referencia, y muy particularmente en la Convención de Viena, que no tienen desde luego una limitación semejante a la reproducida por el artículo 1460 I CC en la nueva redacción que se propone.

En tal contexto, mencionar únicamente el supuesto del dolo por reticencia, aunque conecta con algunos precedentes doctrinales¹⁹³, resulta a mi juicio insuficiente. Existen otros criterios de imputación subjetiva que podrían resultar relevantes. La creación de la confianza —que se ha querido que circunscriba y condicione la aplicación de las normas del incumplimiento en este concreto supuesto— no sólo sería razonable cuando surge de una reticencia dolosa, sino también cuando el vendedor incurrió en algún género de culpa o falta de diligencia, por no mencionar otras circunstancias que también justificarían la imputación del vendedor.

No puedo compartir, por lo demás, la afirmación según la cual en el régimen de la PMCC habrá que pactar expresa o concluyentemente que «el vendedor entregará efectiva y materialmente la cosa al comprador». Parece presuponerse que, en caso contrario, se corre el riesgo de que el vendedor deba responder en todo caso, como si hubiera asumido una garantía absoluta de la posibilidad de su propia prestación, y aunque la pérdida total anterior a la celebración del contrato obedeciera a impedimentos con los que razonablemente no tuviera que contar. Para evitar este resultado, sin embargo, no creo que sea necesario condicionar la vinculación del vendedor a la prestación de una garantía del estado material, garantía adicional o suplementaria a la inmanente en la obligación de entrega que nace del contrato suscrito. La respuesta correcta ya se encuentra en el propio sistema de remedios frente al incumplimiento que ha diseñado la PMCC, de donde se deduce que cuando la imposibilidad (también la inicial) provoca el incumplimiento de la propia obligación, la subsiguiente responsabilidad por daños y perjuicios puede evitarse demostrando que se dan las circunstancias del artículo 1209 PMCC. Los términos en que este precepto está redactado ya dejan suficiente margen para la consideración de cuál era la regla contractual y permiten establecer objetivamente, de acuerdo al contrato y a la buena fe, en qué podía confiar razonablemente el comprador, sin incurrir en la exageración de exigir que conste la garantía específica de la entrega material.

¹⁹³ Fundamentalmente, las opiniones de Delgado, Carrasco, Rivero y Morales Moreno, citadas todas por FENOY PICÓN, *op.cit.*, p. 12 nota 138.

No veo razones para sujetar la compraventa a un régimen distinto al general para el caso de pérdida o imposibilidad inicial. Con todo, si desea mantenerse el nuevo artículo 1460 I CC en su redacción actual, su interpretación debe realizarse de un modo coherente con el conjunto, subsumiendo en las reglas generales la responsabilidad del vendedor en supuestos de imposibilidad inicial de la entrega de la cosa y, en particular, por lo que se refiere a la responsabilidad por incumplimiento, en los artículos 1205 y siguientes PMCC. La subsunción del supuesto dentro del marco del artículo 1209 PMCC es imprescindible y no supone extender la responsabilidad del vendedor más de lo que implícitamente parece querer la propuesta.

Efectivamente: el artículo 1209 PMCC —como su antecedente el art. 79 CISG— permite abarcar todas las opciones pensables en relación con la administración del riesgo de la imposibilidad inicial de la prestación. La pregunta clave desde la interpretación del artículo 1460 I CC en los términos propuestos será cuándo se entiende que era razonable que el comprador confiara en que el vendedor estaba asumiendo el riesgo de la imposibilidad inicial. Y para dar respuesta a esta pregunta no es suficiente apuntar a la asunción expresa o tácita de todos los riesgos imaginables, de modo que el deudor estaría garantizando incondicionalmente el resultado, pues ese caso será muy raro y apunta a un negocio aleatorio que se aleja del tipo contractual normalmente celebrado. Pero tampoco es necesario reducir el criterio de imputación a la conducta dolosa, o rayana en el dolo, como en el caso de culpa consciente de la eventualidad de la imposibilidad, pues ello aproxima el supuesto al modo en que quería resolverse el problema mientras todavía regía el principio *impossibilium nulla obligatio est*, lo cual tras el cambio introducido por la propia PMCC ya no será necesario.

En realidad, en el modelo actual de responsabilidad contractual en sentido amplio¹⁹⁴, la promesa del deudor se orienta a la consecución de un resultado, cuyo presupuesto material es, en la compraventa, la *entrega* de la cosa vendida. Por eso puede decirse que el comprador siempre debe poder confiar razonablemente en la posibilidad de que la cosa le sea entregada, y que podrá defender su interés mediante los remedios propios del incumplimiento con la única excepción de que él mismo haya asumido el riesgo de la imposibilidad celebrando un contrato aleatorio y obteniendo las correspondientes contrapartidas en el precio o en las condiciones de pago.¹⁹⁵ Por otra parte, siempre hay hechos o circunstancias que obstaculizan el cumplimiento y que no

¹⁹⁴ Dice MORALES MORENO (*Modernización, op cit.*, p. 20) que este enfoque «permite explicar mejor la responsabilidad contractual [...] como un instrumento jurídico preciso de reparto de riesgos entre los contratantes, en el ámbito que organiza el contrato».

¹⁹⁵ Aunque quizá resulte innecesario mencionarlo, no podrá atribuirse una confianza razonable en el comprador que hubiese celebrado el contrato conociendo o sospechando que la cosa comprada no existía. Cualquiera que sea la razón por la que alguien celebra un contrato así, el Derecho desde luego que no puede tutelar este interés, ni proporcionarle remedio alguno. Pero esto también puede resolverse acudiendo a la idea, expresada en el art. 1188 II PMCC —que se inspira claramente en el art. 80 CISG—, en virtud de la cual «nadie podrá invocar el incumplimiento que haya sido causado por la acción u omisión del que lo invoque».

deben quedar cubiertos por la garantía del vendedor¹⁹⁶, precisamente porque el interés de cumplimiento del comprador no está tutelado con carácter absoluto o sin posibilidad de exoneración del vendedor. Del mismo modo en que resultaría inimaginable que la ley partiera de la asunción, por el comprador, del riesgo de imposibilidad inicial en todo evento y que aquel consintió en abonar el precio de la cosa pasase lo que pasase, no hay razón para suponer que el deudor garantiza siempre absolutamente la inexistencia de impedimentos originarios¹⁹⁷ —es decir, que el vendedor garantiza la existencia de la cosa al venderla y que indemnizará al comprador si el resultado consistente en la entrega no se alcanza *por cualquier causa anterior a la celebración del contrato*. En realidad, la distribución del riesgo de la imposibilidad inicial resulta necesariamente del examen de los términos del contrato, explícitos e implícitos, en conexión con los usos, la naturaleza del contrato y, en último término, la buena fe.¹⁹⁸ Este análisis es el que permite llegar a la conclusión, en un caso concreto, de que procede o no hacer responder por incumplimiento a quien vendió una cosa inexistente. Es el mismo análisis que también requiere, en términos generales para todos los contratos, el artículo 1209 I PMCC.

Como sucede en relación con el artículo 79 CISG, el artículo 1209 PMCC pone a cargo del deudor aquellos eventos que suceden en su esfera de control, aunque no pudiera preverlos o evitarlos, precisamente porque el acreedor debe poder confiar en que sobre aquel ámbito el deudor posee y aplica los instrumentos que le permiten evitar o superar los posibles impedimentos y anticipar la eventualidad de impedimentos inevitables. Pero aparte de lo que puede imputarse a esa esfera de control, a través de la interpretación del contrato y de la integración de las posibles lagunas mediante el recurso a los usos, a la naturaleza del contrato y, en fin, a lo que requiere la buena fe en las circunstancias, se puede llevar a cabo un ejercicio de ponderación de la situación y de la conducta de las partes en la fase precontractual del que concluir que el vendedor, en efecto, debió prever el impedimento que causó la imposibilidad originaria de entregar la cosa o que estaba en su mano, empleando la diligencia debida, tomar conocimiento de aquél una vez producido y superar sus consecuencias o, en caso contrario, advertir de ello antes de celebrar el contrato.¹⁹⁹ Al no tomar las medidas necesarias para prevenir y evitar esa situación, pudiendo y debiendo hacerlo, se le imputan las consecuencias, en el sentido de que se considera que asumió el riesgo de la

¹⁹⁶ MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Comentario al art. 35», en Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Dir.), *La Compraventa internacional de mercaderías: Comentario de la Convención de Viena*, Madrid: Civitas, 1998, p. 290.

¹⁹⁷ SALVADOR CODERCH, Pablo, «Comentario al art. 79», en Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Dir.), *La Compraventa internacional de mercaderías: Comentario de la Convención de Viena*, Madrid: Civitas, 1998, p. 645.

¹⁹⁸ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «El sistema de responsabilidad contractual: (materiales para un debate)», *ADC* 44 (1991), p. 1066.

¹⁹⁹ Para estos criterios de imputación subjetiva, donde el deudor responde más allá de la culpa-negligencia, fundamental, PANTALEÓN PRIETO, *op.cit.*, p. 1043. Véase también, del mismo autor, *Nuevas bases, op.cit.* p. 1739 ss.

imposibilidad de entrega que luego se ha verificado. En consecuencia, no se trata tanto de una razonable confianza suscitada por el vendedor, cuanto de la asunción de riesgos por éste que es razonable esperar habida cuenta de las circunstancias del contrato²⁰⁰, fórmula mucho más amplia que la que sitúa el problema en la garantía contractual del estado material de la cosa o que centra la cuestión en la imputación de conductas calificadas como dolo o culpa-negligencia. El vendedor responde por incumplimiento en caso de actualización del riesgo de imposibilidad originaria cuando había asumido ese riesgo o este debe ponerse a su cargo porque estaba en su esfera de control o resulta razonable que lo soporte según la interpretación del sentido y la finalidad del contrato en el momento de su celebración. En otras palabras, porque, en esas condiciones, el comprador podía confiar razonablemente en la posibilidad de la entrega material de la cosa vendida.

3. Viabilidad de la anulación por error relativo a la imposibilidad inicial de la prestación

En el supuesto de imposibilidad inicial de la prestación, la PMCC permite *a cualquiera de las partes* —y por tanto también el deudor— anular el contrato por error si se trata de un error compartido por ambas partes, siempre que sea esencial y no fuese inexcusable para la parte que lo invoca, ni ésta debiera soportar ese riesgo de acuerdo con el contrato.

No obstante, como que de entrada la PMCC aborda la imposibilidad inicial como cualquier otro supuesto de incumplimiento, al derogar la regla previgente *impossibilium nulla obligatio est* y configurar unitariamente el incumplimiento como falta de realización de la prestación contractualmente comprometida, el acreedor frustrado por la imposibilidad (inicial) tiene a su disposición los remedios propios de cualquier incumplimiento definitivo. Sobre la base de la imputación de la imposibilidad inicial al deudor, el acreedor podrá resolver o no, y exigir en ambos casos la indemnización de los daños y perjuicios en la medida de su interés en el cumplimiento. Pero también tiene a su disposición la posibilidad de anular el contrato —pues la Propuesta no contiene regla alguna de preferencia o exclusividad en favor de los remedios del incumplimiento²⁰¹— con base en que se trataba de un error imputable a la parte deudora, que detectó o debió detectar el error y no advirtió oportunamente. La diferencia radica en que, en caso de optar por la anulación el contrato, el alcance de la indemnización se limitará al interés contractual negativo, incluso cuando el deudor había obrado dolosamente. Si la imposibilidad inicial no es imputable al deudor, esto no excluye la posibilidad del acreedor de resolver el contrato, liberándose de su propia prestación, ni tampoco la posibilidad de anular el contrato si se trata de un error compartido por ambas partes, pero tanto en un escenario como en el otro deberá asumir las pérdidas generadas por la celebración del contrato, ya que falta en la

²⁰⁰ SALVADOR CODERCH, *op.cit.*, p. 637.

²⁰¹ Sobre ello FENOY PICÓN, *op.cit.*, p. 110.

Propuesta una base legal para imputar al deudor, en ese caso, responsabilidad *in contrahendo*.

Por otro lado, configurada la situación de imposibilidad inicial como una eventualidad que da lugar a la responsabilidad contractual del deudor, haciéndole responsable salvo que pruebe que el impedimento a la propia prestación era ajeno a su esfera de control e imprevisible o inevitable, una posible salida para el deudor sería conseguir que se anulara el contrato. Sin embargo, los presupuestos para la liberación de su responsabilidad en el artículo 1209 PMCC y las condiciones para el éxito de la impugnación por error en el artículo 1298.3 PMCC, hasta cierto punto se solapan y puede concluirse que difícilmente podrá anular por error quien debería responder por incumplimiento. Y a la inversa es muy posible que quien podría anular el contrato por haber padecido en un error excusable sobre la imposibilidad inicial de su prestación y no recaer ese evento bajo su esfera de riesgo contractual, probablemente tampoco deberá responder por incumplimiento.

V. RECAPITULACIÓN FINAL

A pesar de su rancio abolengo, la regla *impossibilium nulla obligatio est* merece ser derogada y sustituida por otra que, como el artículo 1303 PMCC, aclare más allá de cualquier duda que la mera imposibilidad física o jurídica de la prestación no determina la nulidad del contrato y comporta sujetar la posible responsabilidad del deudor incumplidor a lo dispuesto en el contrato.²⁰²

Por su carácter excepcional, la regla actualmente vigente ha sido objeto de una interpretación restrictiva en todos los ordenamientos. En muchos, ha sido cuestionada o sometida a un drástico proceso de reducción interpretativa de su alcance. La doctrina y la jurisprudencia han ido introduciendo matices o requisitos dirigidos a minimizar la eficacia práctica de la regla. Pese a todo, la generalidad con que se formula, presentando los requisitos del objeto como un elemento estructural de la noción de

²⁰² No lo consideran así todos los proyectos de reforma del Derecho de obligaciones del Código civil francés. Así, mientras que el llamado anteproyecto Terré eliminaba la regulación actual del objeto, y en la misma línea se movía el proyecto presentado por el Ministerio de Justicia en 2009, centrando la atención en la certeza del contenido del contrato (véase art. 43), en el llamado Avantprojet Catala (2005) se mantenía y aun reforzaba el requisito de la posibilidad del objeto contractual. A tenor de su art. 1121-2, «la chose qui forme la matière de l'engagement doit être licite. Elle doit être possible et exister au moment de la formation du contrat». Este mismo criterio preside el último proyecto conocido, publicado en febrero de 2015, a cuyo tenor el art. 1162 code civil pasará a decir, «L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable...» y el art. 1178 que «un contrat qui ne remplit pas les conditions nécessaires à sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord» (Projet d'Ordonnance n°... du portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations). Disponible en http://www.justice.gouv.fr/publication/j21_projet_ord_reforme_contrats_2015.pdf. Fecha de consulta: 20 julio 2015.

contrato, constituye un obstáculo al desarrollo de la contratación privada en sectores caracterizados por negociar en entornos de incertidumbre o con un limitado conocimiento de los datos de la realidad sobre la que se contrata. Además, la sanción de nulidad resultante de la imposibilidad del objeto contractual no discrimina bien entre intereses y equipara a quien no pudo cumplir con quien ve frustrado su interés a causa de la imposibilidad inicial de la prestación.

Si la imposibilidad inicial no determina *per se* la nulidad del contrato, se facilita que las partes contractuales puedan distribuir el riesgo de imposibilidad inicial de las prestaciones comprometidas, del mismo modo en que pueden anticipar la imposibilidad fortuita que se produzca tras la celebración del contrato. Esa distribución del riesgo, además de impedir que se invoque para justificar el incumplimiento un evento ajeno a la propia esfera o irreconocible antes de contratar, excluye asimismo la posibilidad de anular el contrato por error.

La celebración de un contrato cuyo objeto es definitivamente imposible en el momento de concluirlo se produce generalmente por un problema en la información que posee el deudor, que es errónea o insuficiente. Esto puede explicar, de un lado, la pluralidad de caminos que han tomado los distintos modelos para ofrecer una solución razonable a estos casos, y, por otro lado, la dificultad de aplicar remedios propios del incumplimiento en una hipótesis donde la lesión del interés del acreedor se sitúa justamente antes de que este llegue a nacer como derecho de crédito. Vistos desde la fundamentación de la responsabilidad por incumplimiento, en estos supuestos más que de la posibilidad de influir sobre elementos incluidos en su esfera de control para hacer posible cumplir lo prometido, se trata de evaluar cuál es el ámbito de control de la información que recae sobre el deudor (*Wissensherschaft*). La definición de una esfera de control de la información implica asignar al deudor el error que proviene de la información que manejan sus empleados o representantes o que consta en sus sistemas informáticos o archivos, así como la que debería estar en ellos y se ha perdido o no se ha procesado correctamente. En general, toda la información pertinente sobre la propia capacidad de cumplir recae sobre esa esfera del deudor. Con ello ha de poder contar la otra parte contractual, que de entrada no tiene que desplegar esfuerzo alguno por descubrir si la otra parte erró sobre algún dato básico de la prestación prometida, en particular sobre su posibilidad física o jurídica.

¿Dónde está el límite y cuándo es posible concluir que lo adecuado es liberar de responsabilidad al deudor? Lógicamente, las expectativas del acreedor son superiores cuando una parte está tratando con una empresa, cuya profesionalidad es un activo que le sirve para atraer clientes y que puede presuponerse que, antes de ofrecer sus servicios, ha verificado las condiciones en que lo hará (*v.gr.* disponibilidad de stock, cumplimiento de la normativa vigente en relación con aquella transacción, obtención de permisos o verificación de las condiciones financieras del proyecto). En cambio, tratándose de un particular no dedicado profesionalmente a esa actividad, no se podría exigir de este un esfuerzo mucho mayor que el de su contraparte en cuanto a

asegurarse de la viabilidad de su propia prestación por lo que se refiere, concretamente, a anticipar cuantos impedimentos puedan producirse y hacerla imposible.²⁰³ En ambos casos, no obstante, debe tenerse presente, por ejemplo, la proximidad al evento que determinó la imposibilidad inicial, y si aquel se produjo inmediatamente antes de celebrar el contrato²⁰⁴ o bien medió un lapso de tiempo durante el cual la parte afectada pudo y debió enterarse de lo ocurrido, incluso aunque el evento en cuestión no pudiera situarse, en el momento de contratar, en su esfera de control.

Si según las circunstancias se estima que el deudor debió anticipar el riesgo de imposibilidad, evitarlo o, en su caso, comunicarlo a la otra parte para evitar la celebración del contrato, cuando no lo hubiese hecho ello supone que garantizó el resultado que no pudo alcanzar y responderá en consecuencia. En ese caso, que el deudor honrase su promesa es algo que, de acuerdo a la buena fe, podía esperar el acreedor. En cambio, si esta parte obró con suficiente diligencia con respecto al conocimiento del impedimento que existía ya al concluir el contrato y sin embargo no pudo reconocerlo ni anticiparlo, entonces quedan abiertas dos posibilidades: o bien esa parte podrá anular el contrato, si el error era compartido (o incluso si era imputable a la otra parte) (en los PICC incluso si el contrato aún no había comenzado a ejecutarse), o bien, ante la reclamación de daños por incumplimiento, se le permitirá oponer la existencia de un impedimento que hace excusable su impedimento. Si por mantener aun algún interés en el contrato, el deudor prefiriera que el contrato siguiese en vigor, puede incluso permitírsele invocar una versión ampliada de la alteración de las circunstancias con el fin de poder, frente a la resolución instada por la contraparte, para renegociar sus términos y pedir al juez la adaptación razonable del contrato (así, art. 6.2.3(4)(b) PICC).²⁰⁵

¿Cuál es el modelo más conveniente una vez eliminada la regla *impossibilia nulla obligatio est*? Esta pregunta sólo puede responderse si previamente se conoce qué se pretende conseguir. Si lo que se desea es dar mayor relevancia al principio de conservación de los contratos, parece que lo correcto es reconducir cualquier patología a la regulación del incumplimiento, sea cual sea el momento en que tiene lugar el impedimento no imputable al deudor. En Alemania, sin embargo, esta opción se ha denunciado por estar cargada de incoherencias técnicas, que se han puesto de relieve durante el complejo debate sobre la fundamentación dogmática de la responsabilidad ex § 311a BGB. Los críticos de este nuevo precepto se sorprenden de que lo que fundamentalmente es un error en el proceso de contratación pueda dar lugar a una infracción del programa contractual cuando, de no haberse cometido, probablemente

²⁰³ MIZKAIT, *op.cit.*, p. 168.

²⁰⁴ MIZKAIT, *op.cit.*, p. 168.

²⁰⁵ Según los comentarios oficiales, se invocará fuerza mayor para excusar el incumplimiento y *hardship* para renegociar el contrato y que se mantenga en vigor con nuevas condiciones (p. 217.)

ese contrato no existiría.²⁰⁶ Por eso, la doctrina predominante recurre al argumento de que tal es la decisión tomada por el legislador —que introduciría conscientemente una incongruencia conceptual— o reconstruye el supuesto de hecho de responsabilidad contractual bajo el concepto más amplio de lesión de la promesa contractual. Habida cuenta de estas dificultades, se ha sugerido acercar la regulación del BGB a los PECL y modificar las reglas del error para hacer posible que el error compartido sobre la existencia o la posibilidad del objeto contractual pueda ser relevante, como error en los motivos, para anular el contrato.²⁰⁷

A favor de la opción de centrar la cuestión en sede de incumplimiento puede decirse, en primer lugar, que el acreedor no tiene por qué saber que la causa del incumplimiento de la prestación obedece a una imposibilidad inicial o sobrevenida. La aplicación de unas mismas reglas es más coherente, además, con el hecho de que el cálculo de la indemnización se lleva a cabo en el momento de cumplimiento y no en el de celebración del contrato. Procesalmente, el modelo basado en la posibilidad de anulación por error suscita la dificultad de hacer recaer sobre el deudor la carga de reconvenir una demanda seguramente infundada de la otra parte, aparte de que la pretensión de cumplimiento y la facultad de anular por error tal vez no estén sujetas al mismo plazo de ejercicio. El modelo de los PICC y la CISG permite también que en todo lo que pueda interesar a las partes, y especialmente al acreedor frustrado, el contrato subsista, sin perjuicio del uso que esa parte pueda hacer de los demás remedios contractuales, en particular de la resolución. Ya señalé que la coincidencia de la exculpación del deudor por fuerza mayor con los presupuestos de la excesiva onerosidad permitiría, por lo demás, adaptar el contrato incumplido, si ello fuese oportuno y razonable, aunque la otra parte pudiera oponerse.

Este modelo, en fin, hace que la anulación por error por parte del deudor afectado por la imposibilidad, aun siendo tal vez posible, sea innecesaria. Lo cual ahorra de paso el problema, planteado en Alemania, consistente en saber si el acreedor afectado por la anulación puede reclamar del deudor liberado el abono de su interés contractual negativo, con base en la anulación del contrato. Mantener el caso en el ámbito exclusivo de la anulación, supone perpetuar la relevancia de la distinción imposibilidad inicial-imposibilidad sobrevenida, de la que a menudo se ha criticado que tiene perfiles muy borrosos y su interpretación puede provocar incoherencias sistemáticas graves.

Vistas las cosas en esta perspectiva, el requisito dispuesto —a mi modo de ver innecesariamente— en el nuevo artículo 1460 I CC sería otro modo de referirse a la

²⁰⁶ Una parte muy minoritaria de la doctrina ha sugerido la interpretación reductora del 311a BGB, para acomodarlo a la explicación anteriormente propuesta por Canaris. Véase LOOSCHELDERS, *op.cit.*, p. 230 y allí más referencias. Sin embargo, siendo muy clara la intención del legislador de partir de un modelo de distribución del riesgo de la imposibilidad inicial, la doctrina mayoritaria rechaza aquella propuesta y evalúa positivamente la solución diseñada. Staudinger/LÖWISCH/FELDMANN (2013) núm. 44.

²⁰⁷ MIZKAIT, *op.cit.*, p. 167.

distribución contractual del riesgo de la imposibilidad inicial. Esto es algo distinto de proporcionar una garantía del resultado de la entrega en cualquier caso. La confianza que puede tener el comprador, con base en el propio contrato y en la buena fe, es la vinculada a la ausencia de impedimentos con los que el vendedor tuviera que contar antes de la celebración del contrato. Si un impedimento de este tipo es causa de la imposibilidad de entrega de la cosa entonces podrá decirse que el comprador confiaba razonablemente en la posibilidad de la entrega y que el vendedor responde por incumplimiento. La expectativa así protegida de todo acreedor, también del comprador, no resulta de una garantía positivamente otorgada sobre el estado real o material del objeto antes de la conclusión del contrato, sino que es el componente objetivo de la promesa contractual según la buena fe. Si se adopta esta perspectiva, la PMCC se estaría alineando por completo con los textos de referencia europeos e internacionales en esta materia.²⁰⁸

BIBLIOGRAFÍA:

ACKERMANN, Thomas; FRANCK, Jens-Uwe, «Validity», en Stefan Leible, Matthias Lehmann (eds.), *European Contract Law and German Law*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2014, p. 167-274.

ALPA, Guido, *Corso di diritto contrattuale*, CEDAM: Padova, 2006.

APATHY, Peter, RIEDLER, Andreas, «§ 878», en *Schwimann-ABGB Praxiskommentar*, LexisNexis-ORAC, Wien, 2006, p. 140-143.

ATAMER, Yesim M., «Commentary to Art. 79», en Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, C.H. Beck, Hart, Nomos: München, 2011, p. 1054-1097.

BEALE, Hugh, *Mistake and non-disclosure of facts: models for English contract law*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

²⁰⁸ Y también del futuro Reglamento sobre compraventa europea, CESL, que no ha retomado el artículo correspondiente de los PICC o los PECL sobre imposibilidad originaria, prefiriendo un modelo muy próximo al de la CISG, sin distinguir las causas del incumplimiento e incluyendo —en el art. 88— causas de exoneración idénticas a las previstas en el art. 79 CISG. En este sentido, LORENZ, Stephan, «Das Kaufrecht und die damit verbundenen Dienstverträge im Common European Sales Law», *AcP* 212 (2012) p. 759. Por otra parte, durante el trámite ante el Parlamento Europeo se ha incorporado una norma parecida al art. 4 CISG, pero en este caso —tal vez significativamente— se dirá que no se aplica a las causas de invalidez contractual pero sólo «arising from lack of capacity, illegality or immorality, except where the grounds giving rise to illegality or immorality are addressed in the Common European Sales Law».

BÉNABENT, Alain, *Droit civil. Les obligations*, 12ª ed. Montchrestien: Paris, 2010.

BIANCA, C. Massimo, *Diritto civile*, vol. III, Il contratto, Milano: Giuffrè, 1987.

BOLLENBERGER, Raimund, «§ 878», en Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberger, *Kurzkommentar zum ABGB*, 2ª ed., Springer: Wien New York, 2007, p. 830-833.

BOSCH CAPDEVILA, Esteve, «Libro II. Capítulo 7. Causas de invalidez del contrato», en: Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila, Mª Paz Sánchez González (coords.), *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, tomo I, Barcelona: Atelier, 2012, p. 459-527.

BUNDESMINISTERIUM DER JUSTIZ (Hrsg.), *Abschlussbericht der Kommission zu Überarbeitung des Schuldrechts*, Bundesanzeiger: Köln, 1992.

CANARIS, Claus-Wilhelm, «Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen», *Juristenzeitung* 2001, p. 499-524.

COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid: Secretaria General Técnica, Ministerio de Justicia, 2009.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, «Comentario del art. 1184», en Ana Cañizares et alii (directores), *Código Civil comentado*, vol. III (arts. 1088 a 1444), Civitas Thomson Reuters: Madrid, 2011, p. 440-1.

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil*, vol. I, Introducción. Teoría del contrato, 6ª ed. Madrid: Cívitas, Thomson Reuters, 2007 (reimp. 2011).

DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho civil*, vol. II, Las relaciones obligatorias, 6ª ed. Madrid: Cívitas, Thomson 2008.

DJORDJEVIC, Milena, «Comentary to Article 4», en Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, C.H. Beck, Hart, Nomos: München, 2011, p. 62-88.

FABRE-MAGNAN, Muriel, *Les obligations*, PUF: Paris, 2004.

FAUST, Florian, «Impossibility, Initial», en Jürgen Basedow [et al.] (eds.), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, vol. II, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 849-851.

FENOY PICÓN, Nieves, «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión general de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», *ADC* 67 (2010) p. 47-136.

FLAMBOURAS, Dionysios P., «The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus sic Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law - A Comparative Analysis», *Pace Int'l L. Rev.* 13 (2001) p. 261-279.

FLOUR, Jacques; AUBERT, Jean-Luc; SAVAUX, Éric, *Les obligations*, vol.1 L'acte juridique, 15ª ed. Sirey: Paris, 2012.

GABRIELLI, Enrico, «L'oggetto del contratto. Artt.1346-1349», en P. Schlesinger (dir.), *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè: Milano, 2001.

GARCÍA RUBIO, Mª Paz, OTERO, Marta, «La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo, *InDret* 2/2010.

GHESTIN, Jacques, «Les diverses définitions de l'objet», en Jacques Ghestin (dir.), *Traité de droit civil. La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause - Les nullités, 4ª ed. LGDJ: Paris, 2013.

GORLA, Gino, «La teoria dell'oggetto del contratto nel diritto continentale (*civil law*). (Saggio di critica mediant il metodo comparativo)», *Jus*, 1953, p. 289-304.

HARKE, Jan Dirk, «Kommentar zum 311a», en Mathias Schmoeckel, Joachim Rückert, Reinhard Zimmermann, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II, Schuldrecht; Allgemeiner Teil, 2. Teilband: 305-432, Mohr Siebeck: Tübingen, 2007, p. 1561-1571.

HARTNELL, Helen E., «Rousing the Sleeping Dog: The Validity Exception to the Convention on Contracts for the International Sale of Goods», 18 *Yale Journal of International Law* (1993) p. 1-95

HUBER, Peter, «Arts. 3.1-3.7, 3.12-3.16 y 3.18», en Stefan Vogenauer, Jan Kleinheisterkamp, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: OUP, 2009, p. 400-433, 463-476 y 483-489.

HUBER, Peter; MULLIS, Alastair, «General issues concerning the application of the convention», en Peter Huber, Alastair Mullis, *The CISG. A new textbook for students and practitioners*, Sellier, München, 2007, p. 7-40.

HUBER, Ulrich, *Leistungsstörungen*, vol. I (Die allgemeinen Grundlagen- Der Tatbestand des Schuldnerverzugs - Die vom Schuldner zu vertretenden Umstände), Mohr Siebeck: Tübingen, 1999.

- HUBER, Ulrich, «Schadensersatz statt der Leistung», *AcP* 210 (2010) p. 319-353.
- KLEINHEISTERKAMP, Jan, «Art. 7.1.7», en Stefan Vogenauer, Jan Kleinheisterkamp, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford: OUP, 2009, p. 766-776.
- KOLLER, Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht (Allgemeiner Teil)*, Berna: Stämpfli, 2009.
- KOZIOL, Helmut; WELSER, Rudolph, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, Band I, Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 8ª ed., Wien: Manz, 1987.
- LANDO, Ole; BEALE, Hugh (eds.), *Principles of European Contract Law. Parts I and II Combined and Revised*, The Hague [etc.]: Kluwer Law International, 2000.
- LOISEAU, Grégoire, «L'existence de l'objet», en Jacques Ghestin (dir) *Traité de droit civil. La formation du contrat*, tome 2, L'objet et la cause - Les nullités, 4ª ed. LGDJ: Paris, 2013.
- LOOSCHELDERS, Dirk, «Unmöglichkeit als Leistungsstörungskategorie», en Markus Artz, Beate Gsell, Stephan Lorenz (Hrsgs.), *Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung*, Mohr Siebeck: Tübingen, 2014, p. 213-235.
- LORENZ, Stephan, «Das Kaufrecht und die damit verbundenen Dienstverträge im Common European Sales Law», *AcP* 212 (2012) p. 702-847.
- LÖWISCH, Manfred; FELDMANN, Cornelia, «Kommentar zum paragraph 311a», en J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 - Recht der Schuldverhältnisse 311, 311a, 312, 312a-i (Vertragsschluss), Sellier, de Gruyter: Berlin, 2013.
- MAGNUS, Ulrich, *Wiener UN-Kaufrecht* (J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen), Sellier, de Gruyter: Berlin, 2013.
- MAHASNEH, Nisreen, «Subject matter and consideration of the contract: the approaches of the 2010 UNIDROIT PICC, the 1980 CISG, and the 1976 Civil Code of Jordan», *Unif. L. Rev.* (2014) 19(3), p. 390-421.
- MALAURY, Philippe; AYNÈS, Laurent; STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Les obligations*, 6ª ed, Paris: LGDJ, 2013.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «Requisitos esenciales del contrato. Elementos accidentales del contrato», en Rodrigo Bercovitz (dir.), *Tratado de contratos*, Valencia: Tirant lo blanch, 2009, p. 533-663.

MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes; Johnston, Angus; *The German law of Contract. A comparative Treatise*, 2nd ed. Hart: Oxford, Portland, 2006.

MEDICUS, Dieter, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, trad. A. Martínez Sarrión, Barcelona: Bosch, 1995.

VON MEHREN, Arthur Taylor; GORDLEY, James, *An Introduction to the Comparative Study of Private Law. Readings, Cases, Materials*, Cambridge University Press: Cambridge, 2006.

MIQUEL GONZÁLEZ, Jose M^a, «Comentario del art. 41», en Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Dir.), *La Compraventa internacional de mercaderías: Comentario de la Convención de Viena*, Madrid: Civitas, 1998, p. 355-576.

MITZKAIT, Anika, *Leistungsstörung und Haftungsbefreiung: ein Vergleich der Grundregeln des europäischen Vertragsrechts mit dem reformierten deutschen Recht*, Mohr Sibeck: Tübingen, 2008.

MORALEJO IMBERNÓN, Nieves, «La compraventa», en Rodrigo Bercovitz (dir.), *Tratado de contratos*, Valencia: Tirant lo blanch, 2009, p. 1763-1849.

MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa» en Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona (Coord.), *El Dret civil català en el context europeu* (Materials de les Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa), Girona: Documenta Universitaria, 2003, p. 109-149 [reproducido en: *ADC* 56 (2003) p. 1609-1652].

MORALES MORENO, Antonio Manuel, *La modernización del Derecho de obligaciones*, Cizur Menor: Aranzadi Thompson Civitas, 2006.

MORALES MORENO, Antonio Manuel, «Comentario al art. 35», en Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Dir.), *La Compraventa internacional de mercaderías: Comentario de la Convención de Viena*, Madrid: Civitas, 1998, p. 286-312.

NEUMAYER, Karl H.; MING, Catherine, «Art. 4», en François Dessemontet (ed.), *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises: commentaire*, Lausanne: Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne, 1993, p. 72-76.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «El sistema de responsabilidad contractual: (materiales para un debate)», *ADC* 44 (1991), p. 1019-1092.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC* 46 (1993) p. 1719-1746.

POTHIER, Robert Joseph, *Traité des obligations, selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, Paris: Debure l'aîné, 1763.

DEL PRATO, Enrico, «Requisiti del contratto. Art. 1325», en P. Schlesinger, F.D. Busnelli, *Il Codice Civile Commentario*, Giuffrè: Milano, 2013.

QUICIOS MOLINA, Susana, «La ineficacia contractual», en: Rodrigo Bercovitz (dir.), *Tratado de contratos*, Valencia: Tirant lo blanch, 2009, p. 1213-1405.

RABEL, Ernst, «Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nach österreichischem Recht» en H.G. Leser (Hrsg.), *Ernst Rabel. Gesammelte Aufsätze*, vol. I, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck): Tübingen, 1965, p. 79-102 (publicado originalmente en *Festschrift für Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches* 1. Juni 1911, vol. 2, Manz: Wien, 1911, p. 821-848).

RANIERI, Filippo, *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, 3ª ed. Springer: Wien New York, 2009.

RAYMOND, Anjanette, «Commentary to art. 68», en Stefan Kröll, Loukas Mistelis, Pilar Perales Viscasillas (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, C.H. Beck, Hart, Nomos: München, 2011, p. 900-904.

ROJO AJURÍA, Luis, «Comentario al art. 79», en Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Dir.), *La Compraventa internacional de mercaderías: Comentario de la Convención de Viena*, Madrid: Civitas, 1998, p. 72-87.

RUMMEL, Peter, «§ 878», en *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. I, 3ª ed. Wien: Manz, 2000, p. 1350-1355.

SACCO, Rodolfo en SACCO, Rodolfo, DE NOVA, Giorgio, *Il contratto*, tomo II, en R. Sacco (dir.), *Trattato di diritto civile*, UTET: Milano, 1993.

SALVADOR CODERCH, Pablo, «Comentario al art. 79», en Luis Díez-Picazo y Ponce de León (Dir.), *La Compraventa internacional de mercaderías: Comentario de la Convención de Viena*, Madrid: Civitas, 1998, p. 635-656.

SCHMIDT-RÄNTSCH, Jürgen; MAIFELD, Jan; MEIER-GÖRING, Anne; RÖCKEN, Matthias (Bearbs.), *Das neue Schuldrecht. Einführung - Texte - Materialien*, Bundesanzeiger Verlag, Köln, 2002.

SCHWENZER, Ingeborg, HACHEM, Pascal, «Art. 4», en Schwenzer, Ingeborg (ed.), *Schlechtriem & Schwenzer Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3rd ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Serinet, Yves-Marie, «Les nullités du contrat», en Jacques Ghestin (dir), *Traité de Droit Civil. La Formation du Contrat*, Tome 2, L'objet et la cause - Les nullités, 4ª ed. LGDJ: Paris, 2013.

TALLON, Denis, «Commentary to Article 79», en Cesare M. Bianca, Michael J. Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè: Milano, 1987, p. 572-595

TREITEL, Günther Hans, *The Law of Contract*, 13ª ed. a cargo de Edwin PEEL, Sweet&Maxwell Thomson Reuters: London, 2011.

UNBERATH, Hannes, *Die Vertragsverletzung*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

UNCITRAL, *Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, New York, 2012

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, «Comentario del art. 1261», en Ana Cañizares [et al] (dirs), *Código Civil comentado*, vol. III (arts. 1088 a 1444), Civitas Thomson Reuters: Madrid, 2011, p. 626-632.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, «Comentario de los arts. 1271 a 1273», en [et al] (dirs), *Código Civil comentado*, vol. III (arts. 1088 a 1444), Civitas Thomson Reuters: Madrid, 2011, p. 662-667.

YOUNGS, Raymond, *English, French & German Comparative Law*, 3rd ed., Routledge: London, New York, 2014.

ZACCARIA, Alessio, «Comentario Art. 1346-1347», en Giorgio Cian, Alberto Trabucchi (dirs.) *Commentario breve al codice civile*, 4ª ed. CEDAM: Padova, 1993.

ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford: Clarendon Press, 1996.

ZIMMERMANN, Reinhard, «Los medios de tutela en caso de incumplimiento, considerados desde el trasfondo de los Principios de Derecho Contractual Europeo», en *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho*

comparado (traducción al castellano de Esther Arroyo i Amayuelas) Barcelona: Bosch, 2008, p. 41-86.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3ª ed, Mohr Siebeck: Tübingen, 1996.

Fecha de recepción: 22.07.2015

Fecha de aceptación: 15. 09.2015